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.

***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 26 de enero de 2017.

**Radicación No**:66001-31-05-004-2015-00021-01

**Proceso**: Ordinario Laboral – Revoca decisión del a quo y accede a las pretensiones

**Demandante**: Alberto de Jesús Cano Vallejo

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: PENSIÓN DE INVALIDEZ. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.** Partiendo de tales supuestos, 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 flexibilizó 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. **Pensión de invalidez. Indemnización sustitutiva.** En cuanto a la posibilidad de reconocer el derecho pensional, una vez se ha pagado una indemnización sustitutiva, debe decirse que ante el carácter subsidiario que ostenta esta última, no puede convertirse en un obstáculo para el reconocimiento del derecho pensional. Así lo ha dejado claro la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral (por ejemplo en providencia SL 6080 de 2016), indicando que en esos casos lo procedente es la devolución del monto pagado por indemnización sustitutiva y el reconocimiento del derecho pensional.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintiséis (26) días del mes de enero de dos mil diecisiete (2016), siendo las once y quince minutos de la mañana (11:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia el magistrado y las magistradas de la Sala de Decisión Laboral No. 04 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por el portavoz judicial de la parte actora contra la sentencia proferida el 08 de febrero de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***Alberto de Jesús Cano Vallejo*** 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 que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en virtud del principio de la condición más beneficiosa y, en consecuencia, pide que se condene a la sociedad demandada a reconocer y pagar la misma a partir del 14 de noviembre de 1995, con los correspondientes réditos moratorios o la indexación de las condenas más las costas procesales.

Como sustento de sus pedidos, se indica que elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez al ISS el 21 de febrero de 1996, que en Resolución No. 2859 de 1997 la entidad le negó el derecho por no contar con la densidad de semanas exigidas en la ley 100de 1993 –art.- 39-; que nuevamente se elevó petición para el reconocimiento del derecho pensional el 19 de julio de 2012 ante Colpensiones, que nuevamente se negó la prestación pensional, que el actor fue declarado invalido a partir del 14 de noviembre de 1995.

Una vez admitida la demanda, se dispuso el traslado a la demandada, entidad que allegó respuesta por intermedio de procuradora judicial, en la que se pronunció frente a los hechos, aceptando los atinentes a las reclamaciones elevadas por el accionante y las respuestas negativas de la entidad, así como la fecha de estructuración de la invalidez. Frente a los restantes indica que no le constan. Se opuso a los pedidos de la demanda y excepcionó de fondo “Inexistencia de la obligación”, “Improcedencia de los intereses de mora” y “Prescripción”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Despacho a quo, mediante la providencia apelada, puso fin a la primera instancia, negando las pretensiones de la demanda, al encontrar que si bien es cierto que el actor se encuentra en estado de invalidez, también lo es que al momento de su estructuración -1995-, no satisfacía los presupuestos legales para acceder a la pensión de invalidez, pues no contaba con las 26 semanas en el año anterior. En cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, estima que el mismo efectivamente resultaría aplicable al caso, salvo por dos circunstancias: La primera alude a que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que abre esa posibilidad, apenas data de 2005, lo que impide que se aplique a este caso y segundo, que el actor recibió la indemnización sustitutiva, razón por la cual utilizó los recursos en otra prestación del sistema, siendo inviable reutilizarlos nuevamente para el reconocimiento de la prestación principal, máxime cuando la decisión que adoptó el fondo pensional estaba amparada por la legislación aplicable al caso.

***III. APELACIÒN.***

El apoderado de la parte actora, insiste en que el actor tiene derecho al reconocimiento de la prestación pensional, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, por cuanto al 1º de abril de 1994, contaba con más de 300 semanas cotizadas al sistema, lo que permite la aplicación ultraactiva de dicha normatividad.

***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 100 de 1993?*

*¿Se ve afectado el reconocimiento del derecho pensional, cuando el actor recibió la indemnización sustitutiva?*

***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***

Para empezar, se pone de presente que son supuestos fácticos no controvertidos en esta instancia: (i) que el actor fue calificado con una pérdida de su capacidad laboral del 50%, estructurada el 14 de noviembre de 1995, tal como aparece en el dictamen médico visible a folio 43, (ii) que el señor Cano Vallejo tenía cotizado al 1º de abril de 1994, un total de 396,68 semanas, tal como se desprende de la historia laboral visible a folio 51 y (iii) que la entidad demandada reconoció al demandante una indemnización sustitutiva de la pensión en cuantía única de $769.196, según la Resolución No. 002859 de 1997 –fl. 10-.

Partiendo de tales supuestos, 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 flexibilizó 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.

Entratándose de la pensión de invalidez, de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido permitiendo la aplicación del aludido principio, cuando el riesgo se consolidó bajo el amparo de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, pero se persigue que el tema se regule por el Acuerdo 049 de 1990, siendo pertinente citar una reciente decisión que, además de ratificar la línea trazada de tiempo atrás, explica diáfanamente cómo y cuándo deben verificarse las semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, con el fin de dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa:

*“Pues bien, sobre la aplicación de la condición más beneficiosa, tratándose de pensiones de invalidez, cuando se estructura dicha invalidez en vigencia de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha sostenido desde la sentencia del 5 de julio de 2005, rad. 24280, que es inadmisible aceptar que el asegurado que sufragó un abundante número de semanas, quede privado de la prestación por no contar con las 26 semanas requeridas en el nuevo régimen, en la medida que dentro del antiguo tenga consolidado el amparo, lo cual no pude ser desconocido, pues resultaría el sistema ineficaz y sin sentido práctico o dinámico….*

*Igualmente de manera pacífica, la Corte viene reiterando, en lo concerniente a las dos hipótesis sobre semanas cotizadas, que contiene la normatividad anterior a la nueva ley de seguridad social el Acuerdo 049 de 1990 art.6°, que: (i) la relativa a las 300 semanas cotizadas en cualquier época, deben estar satisfecha para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, o sea antes del 1° de abril de 1994; (ii) frente al otro supuesto referido a una densidad equivalente a 150 semanas, aportadas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, se fijó el criterio que este requisito para efectos de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando la invalidez o el deceso acontece en imperio de la Ley 100 de 1993, según se reclame una pensión de invalidez o una de sobrevivientes, debe cumplirse dentro de los seis (6) años que inmediatamente anteceden a la fecha de vigencia de esta ley (o sea, desde el 1° de abril de 1994, retrospectivamente hasta el 1° de abril de 1988), pero además, es menester que el asegurado también tenga en su haber esa misma densidad de semanas (150) en los seis (6) años que anteceden a la fecha de estructuración de la invalidez o la muerte, y en el entendido de que ese suceso ocurra antes del 1° de abril de 2000.” (Providencia SL 14091 del 07 de septiembre de 2016).*

Se evidencia pues, que la transición normativa no puede ser la excusa para desconocer los derechos de una persona que ha efectuado cotizaciones por tan largo espacio –más de 300 semanas-, por lo que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, es posible que se aplique a la pensión de invalidez del demandante el Acuerdo 049 de 1990, conclusión que no varía porque el argumento jurisprudencial apenas se hubiere esgrimido en el año 2005 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo dijo la Jueza, pues el caso apenas se está resolviendo judicialmente en este momento y, el sustento normativo que autoriza la aplicación del principio de la condición más beneficiosa es anterior al caso puntual, pues se estableció en la misma Carta Política.

En cuanto a la posibilidad de reconocer el derecho pensional, una vez se ha pagado una indemnización sustitutiva, debe decirse que ante el carácter subsidiario que ostenta esta última, no puede convertirse en un obstáculo para el reconocimiento del derecho pensional. Así lo ha dejado claro la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral (por ejemplo en providencia SL 6080 de 2016), indicando que en esos casos lo procedente es la devolución del monto pagado por indemnización sustitutiva y el reconocimiento del derecho pensional. Por tal razón, no pueden aceptarse los argumentos dados por la a quo en el caso puntual, en cuanto a que, con el reconocimiento de la indemnización sustitutiva al demandante, se hubiere agotado la posibilidad de acceder a la pensión por invalidez, puesto que basta solamente con la devolución de la aludida suma para que el actor pueda perfectamente consolidar su derecho pensional. Darle a la figura de la indemnización sustitutiva el alcance que le fija la a quo, sería tanto como darle el carácter de prestación principal, cuando el mismo legislador la fijó como un medio subsidiario, reconocido únicamente cuando la persona no cuenta con los presupuestos suficientes para alcanzar la pensión.

Por lo tanto, se insiste, no puede avalarse la negativa al reconocimiento pensional, por cuanto en el caso del señor Cano Vallejo es perfectamente aplicable, por condición más beneficiosa, el Acuerdo 049 de 1990, dado que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 cotizó un total de 396,68 semanas, superando con creces la exigencia de cotizaciones referida en la norma, sin que el referido derecho pueda verse anulado por el cambio normativo.

El reconocimiento deberá hacerse desde el 14 de noviembre de 1995, de conformidad con lo ordenado en el canon 10 del Acuerdo 049 de 1990 y el inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993. Y si bien en casos en los que se ha venido dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa esta Sala ha indicado que el retroactivo no es imponible, por cuanto la negativa que dio la entidad, correspondía a una interpretación plausible de la norma. Más sin embargo, en este caso y para el momento en que se resolvió la solicitud pensional –abril de 2013-, ya existía una circular de la entidad, en la que se aceptaba de manera expresa la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en la transición normativa del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993 en su redacción original. Tal Circular es la No. 01 del 01 de octubre de 2012, indicándose en el punto 5.3 de la misma, lo siguiente:

*5.3. APLICACIÓN DE LA CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA.*

*“Para efectos del estudio de pensiones de invalidez y sobrevivientes, se dará aplicación al principio de la condición más beneficiosa en aquellos casos en donde el hecho generador de la pensión se cause entre la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) y la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003(29 de enero de 2003), y que no reúnan el requisito de semanas requeridas señaladas en estos últimos, siendo entonces pertinente estudiar la prestación bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990”.*

Tal documento, que se dirigió a vicepresidentes, directores nacionales de oficina, gerentes nacionales de oficina y gerentes regionales de la entidad, indicaba los criterios jurídicos que se debían seguir para el estudio de las prestaciones, razón por la cual la negativa que se dio al demandante con la Resolución No. GNR057690 del 11 de abril de 2013 –fls. 12 y ss-, no es plausible y por tanto, la consecuencia de ello es que deba concederse el retroactivo causado, teniendo eso sí en cuenta la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada al contestar la demanda. Teniendo en cuenta que el actor incoó la demanda el 20 de enero de 2015, pues habrá de decirse que la prescripción cobijó las mesadas causadas con antelación al 20 de enero de 2012.

Así las cosas y teniendo en cuenta que una vez efectuados los cálculos respectivos la mesada pensional corresponde a un salario mínimo, el retroactivo se concreta en el cuadro siguiente:



Deberá pagar la entidad demandada al actor la suma de $41.783.970 por concepto de retroactivo pensional no prescrito, para lo cual se concederá a la entidad demandada el término de un mes, una vez ejecutoriada esta providencia. Igualmente deberá iniciar, en ese mismo lapso el reconocimiento y pago de la mesada pensional en cuantía de un salario mínimo, mientras se mantenga el estado de invalidez del actor. De la suma reconocida por concepto de retroactivo, se autoriza a la sociedad demandada a descontar el valor actualizado de la indemnización sustitutiva reconocida al demandante mediante la Resolución No. 002859 de 1997.

Frente al tema de los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que se impondrán una vez superado el plazo concedido a la entidad en esta providencia, para el reconocimiento tanto del retroactivo como la inclusión en nómina de pensionados; ello en razón a que “en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los 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” (Sent. 02 de octubre de 2013. Rad. 44.454 Cas. Laboral).

Así las cosas, se deberá revocar la decisión de primer grado y en su lugar conceder la pensión de invalidez al señor Cano Vallejo con el correspondiente retroactivo. En cuanto a los réditos moratorios, los mismos se impondrán si pasado un mes de ejecutoriada esta decisión, no se ha cumplido la misma.

Frente a las restantes excepciones propuestas por la parte demandada, ha de decirse de conformidad con lo dicho en las consideraciones, que las mismas no tienen vocación de prosperidad.

Las costas en ambas instancias estarán a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante en un 80% de las causadas.

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. ***Revocar*** la sentencia proferida el 08 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira y en su lugar se declara que el señor Alberto de Jesús Cano Vallejo tiene derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones le reconozca y pague su pensión de invalidez con el correspondiente retroactivo, a partir del 14 de noviembre de 1995, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.
2. ***Declarar probada parcialmente*** la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, frente a las mesadas causadas con antelación al 20 de enero de 2012. Las restantes excepciones se declaran no probadas a partir de la ejecutoria de esta sentencia, en cuantía igual al salario mínimo y con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.
3. ***Condenar*** a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer y pagar al señor Alberto de Jesús Cano Vallejo la suma de $41.783.970 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 20 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2016 para lo cual se concederá a la entidad demandada el término de un mes, una vez ejecutoriada esta providencia. Igualmente deberá iniciar, en ese mismo lapso el reconocimiento y pago de la mesada pensional en cuantía de un salario mínimo, mientras se mantenga el estado de invalidez del actor. De la suma reconocida por concepto de retroactivo, se autoriza a la sociedad demandada a descontar el **valor actualizado de la indemnización sustitutiva** reconocida al demandante mediante la Resolución No. 002859 de 1997.
4. ***Condenar*** a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer y pagar al señor Alberto de Jesús Cano Vallejo los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, si al mes de haber adquirido ejecutoria esta decisión no se ha cumplido lo dispuesto en el ordinal anterior.
5. ***Condenar*** a la Administradora Colombiana de Pensiones a pagar al señor Alberto de Jesús Cano Vallejo las costas del proceso en ambas instancias, en un 80% de las causadas.

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

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrada

**ANEXO I**



**ANEXO II**



**ANEXO III**



**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente