



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
Magistrado ponente

SL15859-2015
Radicación n.º 48231
Acta 41

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **RAFAEL VIVEROS GARCÉS**, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 28 de mayo de 2010, en el juicio ordinario laboral que le promovió al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

De conformidad con la petición elevada conjuntamente por el Vicepresidente Jurídico- Secretario General de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- y el Director Jurídico Nacional del Instituto de Seguros Sociales, obrante a folios 36 y 37 del

cuaderno de la Corte, téngase como sucesora procesal del extinto Instituto a la referida administradora, de conformidad con el Decreto 2013 de 2012 y el artículo 60 del C.P.C., aplicable a los procesos del trabajo y de la seguridad social, en virtud de la remisión analógica señalada en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. ANTECEDENTES

El señor Rafael Viveros Garcés demandó al Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que fuera condenado a reconocerle la pensión de invalidez de origen común, a partir del 25 de noviembre de 1993, junto con sus respectivas mesadas causadas, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el demandante adujo que nació el 30 de junio de 1955, por lo que contaba con más de 50 años; que ingresó al Sistema de Seguridad Social el 31 de marzo de 1976 y cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al Instituto demandado; que durante su vida laboral se desempeñó como recolector de semilla y por el transcurso de los años perdió su agudeza visual; que, mediante Oficio No. 251 de 22 de mayo de 1993, el Jefe de Salud Ocupacional de la entidad accionada solicitó a la Gerencia de Asfores su reubicación en actividades de menor riesgo, dada su pérdida de la función visual; que, en oficio de 25 de noviembre de 1993, el Jefe de Medicina Laboral del ISS declaró su estado de invalidez, a

partir del 25 de noviembre de 1993; que el anterior dictamen fue enviado a la Jefe de División Nacional de Medicina Laboral; que el 17 de mayo de 1995, el Doctor Carlos Mauricio de la Rosa Ballén manifestó que su incapacidad era permanente; que, posteriormente, el 9 de junio de 1995, el citado galeno declaró que estaba totalmente ciego; y que la fecha en que se había estructurado la invalidez era el 25 de noviembre de 1993.

Agregó que el 19 de mayo de 2004, presentó derecho de petición en el que solicitó el otorgamiento de la pensión de invalidez por riesgo común, a partir del 9 de junio de 1995; que, a pesar de anunciar por error esta fecha, lo cierto era que la invalidez se había estructurado a partir del 25 de noviembre de 1993, según el dictamen de Medicina Laboral del ISS; que, mediante Oficio No. DAP- 15180 de 8 de octubre de 2004, la entidad le contestó que debía estar afiliado al régimen de pensiones y cotizar para el ISS; que, mediante carta de 21 de julio de 2005, manifestó al ente demandado que no estaba afiliado a ningún régimen de pensiones; que en el Oficio No. DAP-01772 de 24 de enero de 2006, el ISS solicitó al actor acreditar las semanas contempladas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, es decir, 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración y haber tenido una fidelidad al sistema del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de su primera calificación; que cotizó para el demandado, entre el 31 de marzo de 1976 y el 20 de septiembre de 1994, es decir, 216 semanas; y que agotó la reclamación administrativa.

Al dar respuesta a la demanda (fls.54-56 del cuaderno principal), la entidad accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, reconoció como ciertos la fecha de ingreso del demandante al ISS, la presentación del derecho de petición para acceder a la pensión de invalidez, la respuesta brindada y el contenido del Oficio No. DAP-01772 de 24 de enero de 2006 del ISS. En cuanto a lo demás, afirmó que no le constaba. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó carencia del derecho a reclamar, inexistencia de la obligación legal, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral Adjunto de Descongestión del Circuito de Cali, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 30 de abril de 2010 (fls. 128-135 del cuaderno principal), absolvió al Instituto accionado de todas las pretensiones elevadas en su contra.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al conocer del proceso, por apelación interpuesta por el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante fallo de 28 de mayo de 2010 (fls. 4- 11 del cuaderno del tribunal), confirmó en su integridad el proferido por el a quo.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró que la normatividad aplicable al caso del demandante era la vigente al momento en que se había estructurado su invalidez; que, como se había dictaminado una pérdida de la capacidad laboral del actor equivalente al 75.05%, con estructuración el 25 de noviembre de 1993, era por lo que debían examinarse las exigencias del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; y que no cabía duda alguna de que el citado había sido declarado inválido permanente total, por cuanto había perdido el 75.05% de la capacidad laboral.

Al analizar el cumplimiento de la densidad de semanas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, adujo que *“Del reporte de semanas cotizadas por el señor RAFAEL VIVEROS GARCÉS al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (f. 98- 101), se advierte que dentro de los 6 años anteriores a la fecha de invalidez, es decir, del 25 de noviembre de 1987 al 25 de noviembre de 1993, cotizó interrumpidamente 359 días que corresponden a 51.28 semanas, lo que denota que el demandante no cumple con las 150 semanas requeridas, tampoco cumple las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo antes de producirse el estado de invalidez, toda vez que entre el 31 de marzo de 1976 y el 25 de noviembre de 1993, tiene 1167 días, es decir, 166.71 semanas, lo que fuerza a concluir que el señor RAFAEL VIVEROS GARCÉS, no cumple con el requisito de densidad de semanas cotizadas dispuesto en el artículo 6 del precitado Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por lo que no le asiste derecho a percibir la*

pensión de invalidez reclamada, tal como lo indico (sic) la a quo”.

Finalmente, resaltó que, en el caso particular, no operaba la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa del artículo 53 de la Carta Política de 1991, para dar efecto a las disposiciones de la Ley 100 de 1993 o de la Ley 797 de 2003, tal como lo pretendía el apelante, pues la normatividad aplicable al asunto no podía ser otra sino la que se encontraba vigente al momento en que se había estructurado la invalidez, es decir, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y que, además, sobre este punto particular se había pronunciado esta Corporación en diferentes oportunidades, como en la sentencia CSJ SL, 9 ago. 2006, rad. 27464, de la cual transcribió aparte.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, acceda a las pretensiones de la demanda inicial.

Con tal propósito formula un cargo, denominado **“Cargo Primero”**, por la causal primera de casación, que fue replicado y, enseguida, se estudia.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia recurrida de violar indirectamente, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 53 de la C.P., 5 y 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, 1, 3, 10, 31, 38, 39, 41 y 42 de la Ley 100 de 1993, 1, 3, 9, 13, 19 y 21 del C.S.T. y 1, 4 y 5 de la Ley 153 de 1887.

Señala que la anterior violación se dio como consecuencia de los siguientes errores de hecho:

“- No dar por demostrado estándolo que por Oficio de Mayo 23 de 1993 suscrito por el Jefe de la Unidad Básica de Salud Ocupacional del ISS Seccional del Cauca donde solicita reubicación ocupacional del demandante (Folio 3).

- No dar por demostrado estándolo que por oficio de mayo 16 de 1994 solicitan reubicación en la empresa que obra a folio 15 reverso. Así mismo a folio 16 con fecha 8 de mayo de 1995 ordenan reubicarlo en la empresa.

- No dar por demostrado, estándolo que por Consulta médica del 17 de Mayo de 1995 que obra a folio 20 sobre la necesidad de solicitar la incapacidad permanente.

- No dar por demostrado estándolo que por Consulta médica a folio 22 lo consideran legalmente ciego, con fecha 9 de Junio de 1995.

-No dar por demostrado estándolo que según la Historia Laboral a folio 101 se encuentra que Junio-95 cotiza 6 días, 30 días del ciclo de Mayo de 1995, Abril del 95 cotiza 30 días, el mes de Marzo cotiza 25 días, 4 días del mes de Febrero, para un total de 95 días por el año de 1995, por el año de 1994 son 120 días, que sumados al anterior nos da 215 días para 30 semanas.

-No dar por demostrado, estándolo que según la Historia Laboral a folio 101 si se toma el 25 de Noviembre de 1993, fecha de la estructuración y 25 de noviembre de 1992, que es el año inmediatamente anterior nos da 31.71 semanas.

-No dar por demostrado estándolo que el demandante cotizó en el año inmediatamente anterior a la calificación 31.71 semanas, según folio 101.

-No dar por demostrado, estándolo que el demandante cotizó desde el momento en que el médico lo declara totalmente ciego, hacia el año inmediatamente anterior 30 semanas en el folio 101.

En la demostración del cargo, sostiene la censura lo siguiente:

“Estos errores evidentes de hecho son fruto de la falta de apreciación y de la equívoca apreciación de los medios de prueba:

Falta de apreciación de los documentos que obran a folios 3, 15, 16 donde ordenan la reubicación del demandante, conducta que el ente asegurador patrocinó al señor Viveros hasta el 8 de Mayo del año 1995, siendo hasta esa fecha un trabajador activo.

Así mismo, no apreció la prueba que obra a folio 22 sobre el concepto médico que lo declara legalmente ciego, y en concordancia con la Historia Laboral

que obra a folio 101 lo retiran como activo. De la apreciación evidente de ese hecho se demuestra que el trabajador estuvo activo hasta el año 1995, y que lo protegía la aplicación de la Ley 100 de 1993, en su artículo 38 y 39. Los requisitos para obtener la pensión de invalidez según la legislación anterior era de 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez o en el año inmediatamente anterior si se encontraba desafiliado. No hay que olvidar que después del 25 de noviembre de 1993 cuando estructura la invalidez la Junta de Calificación de Invalidez el (sic) continua (sic) laborando hasta el mes de junio de 1995, por la reubicación ordenada por el ISS.

Apreció parcialmente como prueba la Historia Laboral que obra a folio 101 y ss del Cuaderno Principal deduciendo que no cumplía las 150 semanas en los últimos 6 años o 300 en cualquier época, pero no dedujo que laboró hasta el mes de junio de 1995, y que si bien lo declaran inválido en el año 1993, el (sic) continua (sic) laborando hasta el año de 1995, es que la ley 100 tiene vigencia a partir del 23 de Diciembre y el (sic) lo califican el 25 de Noviembre, más sin embargo sigue laborando.

De la falta de apreciación completa ignora el ad-quem que según la Historia Laboral a folio 101 si se toma el 25 de Noviembre de 1993 fecha de la estructuración y 25 de Noviembre de 1992, que es el año inmediatamente anterior nos da 31.71 semanas y que el demandante cotizó en el año inmediatamente anterior al mes de junio de 1995 31.71 semanas, según folio 101, folio 22 cuando el médico dice que está totalmente ciego.

El Tribunal hace caso omiso de las pruebas anteriores y manifiesta que se aplica la legislación al momento de estructurar la invalidez. Error fundamental del fallo de segunda instancia consiste (sic) en no analizar que al momento de estructurar la invalidez opera una legislación y otro es la vigencia de otra normatividad al momento de la petición o retiro de la actividad laboral. Esto

ocurrió en el caso presente, sin tener en cuenta una condición que él es calificado retroactivamente el 23 de Noviembre del año 1993, dictamen en el 2010, que está activo hasta el mes de junio de 1995, y que es más beneficiosa la legislación de la ley 100, según las pruebas analizadas.

El ad- quem de plano niega la condición más beneficiosa, porque considera que la legislación aplicable es la que existe al momento de la estructuración, pero olvida que ante la ocurrencia de la legislación (sic) entre la estructuración y la calificación debe aplicarse la más favorable, teniendo en cuenta que es una persona totalmente ciega, y que hizo un esfuerzo por cotizar, y no puede ser su situación más gravosa ante una que únicamente cotiza 26 semanas, simplemente por una legislación favorable que se inicia a escasos 28 días calendarios. La Corte Constitucional ha dicho:

Sin embargo, hay otros casos que están en una zona de penumbra y, por lo tanto, no es claro si deben ser resueltos de acuerdo con el régimen pensional en su versión inicial o con el régimen tal y como quedó configurado después de la reforma. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una persona reclama su pensión de invalidez después de entrar en vigencia la Ley 860 de 2003, pero en virtud de una invalidez que se estructuró antes de ella; es decir, mientras estuvo vigente la versión primigenia del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En una hipótesis de esa naturaleza, existe ciertamente una oscuridad pues al menos prima facie concurren ambas normatividades, ya que tanto la una como la otra han estado en vigor en momento relevantes: en la estructuración de la invalidez, por un lado, y en la reclamación, trámite, calificación y resolución de la pensión de invalidez, por otro. ¿Cuál régimen debe aplicarse, entonces, en caso de duda?

Pues bien, la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que por regla general debe aplicarse la normatividad vigente al momento de la

estructuración de la invalidez. Pero, si la otra normatividad, que también ha estado en vigor en un momento relevante para la pensión de invalidez (por ejemplo, en el momento de la calificación y la reclamación) es más favorable, entonces debe aplicarse esta última. En otras palabras, se trata de aplicar entre más de un régimen concurrente en la solución de un caso, el que resulte más favorable. Esa decisión se deduce del principio de favorabilidad, en virtud del cual “en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho debe preferirse la que le garantice al aspirante a pensión una “situación más favorable (art. 53 C.P.)”.

Si el ad quem no hubiera cerrado los ojos ante tales principios la conclusión a que hubiera llegado sería otra, es decir, es de tal evidencia el error de hecho referido como se acaba de observar a través de las pruebas que la sentencia hubiese sido favorable, por lo demandado (sic) la casación de la providencia impugnada y que en función de instancia la Honorable Corte le conceda el derecho a mi defendido teniendo en cuenta las condiciones en que se encuentra.

El principio de la Condición más beneficiosa contemplado en el artículo 53 último inciso de la Constitución Nacional, Artículo 16 numeral 2 del C.S.T., inciso final del artículo 366, Artículo 215 inciso final de la C. Na. Son normas más que suficientes para que se aplicaran en la providencia impugnada.

El principio de la condición más beneficiosa regula la situación del trabajador cuando se presenta cambio en la normatividad y exista duda en el entendimiento de una norma, en el sentido que sea más favorable, siendo un principio mínimo fundamental”.

VII. RÉPLICA

Afirma que la jurisprudencia de esta Corporación ha insistido constantemente que la demanda de casación debe cumplir unos requisitos formales para que pueda ser estudiada de fondo y que, además, el recurrente debe desvirtuar todos los soportes de la decisión impugnada, ya que si no se cumple con este deber el fallo permanecerá intangible y amparado bajo las presunciones de acierto y legalidad; que, en el caso concreto, el escrito de la demanda no tiene en cuenta las orientaciones jurisprudenciales sobre el tema; que, conforme el sustento jurídico de la decisión, la norma aplicable es la vigente al momento en que ocurrió el estado de invalidez y que, como ello sucedió el 25 de noviembre de 1995, es por lo que tiene efectos el Acuerdo 049 de 1990, que exige en su artículo 6 que el afiliado tenga al menos 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al estado de invalidez o 300 en cualquier tiempo, supuestos fácticos que, dijo, el ad quem no encontró acreditados.

Igualmente, manifiesta que si el censor no compartía este supuesto del fallo, debía destruirlo, a través de un cargo orientado por la vía directa, lo que no hace, pues la única acusación que formula es por la vía indirecta, mediante la cual trata de demostrar que el actor sí cumple con los requisitos para gozar de la pensión de invalidez con sujeción a la Ley 100 de 1993, deficiencia que esta Sala no puede suplir dado el carácter rogado del recurso extraordinario; que, empero, si se estudiara el fondo del

cargo, se encontraría que acudiendo al principio de la condición más beneficiosa y al alcance que se le ha otorgado por la jurisprudencia, no es posible conceder una pensión de invalidez con fundamento en una normatividad que no estaba vigente para la data en que ese estado se estructuró, que es lo pretendido, en últimas, por el recurrente.

VIII. CONSIDERACIONES

Debe resaltar la Sala que el fundamento eminentemente fáctico de la sentencia del Tribunal estribó en que i) el demandante fue declarado inválido, pues se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 75.05%, cuya fecha de estructuración fue el 25 de noviembre de 1993; ii) que del reporte de semanas allegado al plenario se desprende que el citado cotizó 51.28 semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la consolidación de la invalidez y un total de 166.71 semanas, entre el 31 de marzo de 1976 y el 25 de noviembre de 1993, por lo que no acredita las exigencias del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para acceder a la pensión de invalidez.

La Corte encuentra que si bien las documentales obrantes a folios 3 y 97-101 demuestran que el demandante continuó trabajando con posterioridad al momento en que se estructuró la invalidez y que estuvo activo hasta el mes de junio de 1995, esta circunstancia no afecta de ninguna manera la conclusión fáctica del juez de segundo grado, de

que el estado de invalidez del citado se estructuró el 25 de noviembre de 1993, que se encuentra respaldada en el dictamen efectuado por la entidad demandada (fl. 18 del cuaderno principal) y en el realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca (fls. 108-113), de modo tal que los errores de hecho imputados no se orientan a demostrar una data diferente, sino que, aceptando la fijada por el Tribunal, lo que buscan es acreditar el momento del retiro del actor, lo que en nada cambia el soporte de la decisión, manteniéndose ésta intangible e inalterable.

Ahora bien, aun cuando la censura expone de manera errada argumentos de tipo jurídico en un cargo enfocado por la vía indirecta, tampoco encuentra la Sala que le asista razón en ellos, toda vez que esta Corporación ha sostenido que, en principio, la normatividad que gobierna la pensión de invalidez es la vigente al momento en que se estructura el estado de invalidez, salvo la aplicación de normas anteriores en virtud del principio de la condición más beneficiosa, de tal suerte que, siendo éste el referente temporal, no está permitido remitirse a otros momentos diferentes, tales como el retiro definitivo del servicio por parte del afiliado o la data de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, como lo alega desacertadamente la censura.

En el presente asunto, la norma llamada a regular la pensión de invalidez deprecada por el demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del

mismo año, tal como lo definió el Tribunal, por cuanto la fecha de estructuración de la invalidez fue el 25 de noviembre de 1993, de donde se desprende con claridad que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, al no haber entrado en vigencia para dicha data, no debían aplicarse al asunto, pues con ello se estaría dando aplicación retroactiva a esta normatividad.

Y es que para la Sala la interpretación del Tribunal no desconoce de ninguna manera el principio constitucional de la condición más beneficiosa, por cuanto, como se ha decantado por la jurisprudencia, este mandato impone al fallador dar aplicación a la norma inmediatamente anterior a la que regula el caso, siempre y cuando el afiliado haya cumplido suficientemente las exigencias en ella contempladas, por lo que este principio supone la aplicación *ultraactiva* de una norma ya derogada y no una de carácter retroactivo de disposiciones posteriores a las que gobiernan el asunto, por lo que la Ley 100 de 1993 no podía aplicarse a la pensión deprecada, al haberse estructurado el estado de invalidez del demandante tiempo antes de la entrada en vigencia de dicha normatividad.

Tampoco se rebeló el ad quem contra el mandato constitucional de favorabilidad, por cuanto no se está ante un evento de duda por la coexistencia de varias normas vigentes y aplicables –*regla más favorable*–, pues, como se dijo, la disposición que gobierna el caso es el Acuerdo 049 de 1990 y no las normatividades posteriores, ni tampoco se está ante una hesitación surgida en las varias

interpretaciones de una sola norma o disposición – *in dubio pro operario*-, de modo tal que, ante la claridad de que la norma aplicable era la vigente al momento en que se estructuró la pérdida de la capacidad laboral, el fallador no tenía por qué acudir al principio de favorabilidad constitucional.

Finalmente, vale la pena destacar que, tal como lo infirió el ad quem, el reporte de semanas, obrante a folios 97- 101 del cuaderno principal, acredita que el demandante cotizó durante los 6 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez, esto es, entre el 25 de noviembre de 1987 y el mismo día y mes de 1993, **60,2857 semanas** y un total de **171,2857** antes del momento en que se consolidó la pérdida de la capacidad laboral, de donde se desprende que no cumple con la densidad de cotizaciones prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para acceder a la pensión de invalidez pretendida.

En consecuencia, el cargo resulta infundado.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del recurrente. Como agencias en derecho se fijará la suma de tres millones doscientos cincuenta mil pesos (\$3.250.000).

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia

en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 28 de mayo de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **RAFAEL VIVEROS GARCÉS** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de tres millones doscientos cincuenta mil pesos (\$3.250.000).

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS