

**ERNESTO FORERO VARGAS**

**Magistrado ponente**

**SL4342-2018**

**Radicación n.º 59255**

**Acta 34**

Bogotá, D. C., tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **ORLANDO GUEVARA CASTAÑO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 30 de abril de 2012, en el proceso ordinario laboral que instauró el recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

**I. ANTECEDENTES**

Orlando Guevara Castaño llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, con el fin de que se le condenará a reconocer la pensión de invalidez por riesgo común a partir del 29 de junio de 2006 fecha en que se

estructuró su estado, en los términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, a los intereses moratorios y a las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, pretende el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por riesgo común a partir del 29 de junio de 2006 fecha en que se estructuró su estado, en los términos del artículo 6 del Acuerdo 049 de 1900, debidamente indexadas.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 25 de febrero de 1941, que se afilió al ISS donde cotizó para los riesgos de IVM más de 343 semanas; y que mediante dictamen médico laboral emitido por el ISS, se determinó, una pérdida de la capacidad laboral del 65,20%, fecha de estructuración 29 de junio de 2006, de origen común.

Que el 17 de marzo de 2007 solicitó a esa entidad el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución 021471 del 3 de septiembre de esa misma anualidad, argumentando que el afiliado no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003; que una vez notificado del acto administrativo referido, interpuso en su contra el recurso de reposición, resuelto en Resolución 8757 del 31 de marzo de 2008 en donde se confirmó la decisión inicial; y que presentó recurso de apelación frente a cual se guardó silencio.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del afiliado, la reclamación de la pensión de invalidez y la emisión de la Resolución 021471 del 3 de septiembre de 2007. Frente a los demás indicó que no le constan, pero que lo acepta si así se demuestran.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas, prescripción, compensación, buena fe y la genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Segundo Adjunto al Décimo Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante sentencia del 31 de enero de 2011 (f.º 309-314), resolvió absolver al ISS de las pretensiones incoadas por el señor Orlando Guevara Castaño, a quien condenó en costas del proceso.

## **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo del 30 de abril de 2012, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, confirmó en su integridad la sentencia impugnada y condenó en costas al actor en la alzada.

En lo que interesa al recurso extraordinario, Tribunal fijó como problema jurídico, determinar si el señor Guevara Castaño tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común, en virtud del principio de la condición más beneficiosa con el Acuerdo 049 de 1990, pese a haberse estructurado su invalidez el 29 de junio de 2006.

Manifestó que de las pruebas allegadas al proceso se desprende que: *i)* el actor nació el 25 de febrero de 1941; *ii)* estuvo afiliado al ISS para los riesgos de IVM; *iii)* que el ISS el 7 de febrero de 2007 calificó al demandante asignándole una pérdida de capacidad laboral de origen común del 65,20% con fecha de estructuración 29 de junio de 2006; y *iv)* mediante Resolución 021471 del 3 de septiembre de 2007, se negó la pensión de invalidez aduciendo que el afiliado contaba con 314 semanas, de las cuales 33 fueron sufragadas en los 3 últimos años anteriores a la fecha de estructuración de su estado. Acto administrativo que fue confirmado a través de la Resolución 2052 de enero de 2009.

Consideró como fundamento de su decisión, que en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, no era posible examinar este asunto, que fue consolidado en vigencia de la Ley 860 de 2003, bajo la preceptiva del Acuerdo 049 de 1990.

Lo anterior, por cuanto ese principio era totalmente viable en tratándose de casos en los cuales la invalidez de

origen común se estructuró en vigor de la Ley 100 de 1993, pero que en virtud de la condición más beneficiosa se podía acudir a la aplicación de normas anteriores a su vigencia, es decir, el Acuerdo 049 de 1990, por consulta los principios de equidad y proporcionalidad, en la medida que la legislación nueva traía una exigencia menor en número de cotizaciones (sentencia CSJ SL, 5 feb. 2008, rad. 30528).

Explicó que contrario a lo sostenido por el apelante, no era factible en vigencia de la Ley 860 de 2003 acudir a la luz del principio de la condición más beneficiosa al Acuerdo 049 de 1990, pues este solo operaba respecto de la ley anterior a la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, porque no puede pensarse que la aplicación del citado principio es ilimitada, y en consecuencia, frente a determinada situación fáctica, pueda buscarse en todas la normatividad anterior, la más favorable.

Con el fin de soportar su decisión citó en extenso la sentencia CSJ SL, 28 may. 2018, rad. 30064, en la cual se analizó un caso de similares contornos, en tanto el actor consolidó el riesgo en vigencia de la Ley 797 de 2003, y pretendía la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, y la decisión fue que la norma que regía el caso, de conformidad con el artículo 16 del CST era la vigente para el momento en el que surge la contingencia.

Igualmente estimó que, las leyes en materia laboral son de orden público, y por tanto, rigen a partir de su vigencia y que en el *sub júdice* la estructuración de la

perdida de la capacidad laboral del señor Guevara Castaño ocurrió en vigencia de la Ley 860 de 2003, por lo que invocar el Acuerdo 049 de 1990, no resulta jurídicamente posible para esa colegiatura, pretender encontrar en las normas anteriores la más favorable a los intereses del actor.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

Interpuesto por el demandante Orlando Guevara Castaño, 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 la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, se revoque la de primer grado, y en su lugar se condene al reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Orlando Guevara Castaño.

Con tal propósito formula cuatro cargos, por la causal primera de casación, los cuales fueron oportunamente replicados.

Esta Sala estudiará por razones de método conjuntamente los cargos primero y segundo inicialmente, y posteriormente el tercero y cuarto, por cuanto están encausados por la misma vía, denuncia igual submotivo, similar elenco normativa y persiguen igual objetivo, es decir, la inaplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

## **VI. CARGO PRIMERO**

Acusa la sentencia impugnada por violación directa en la modalidad de infracción directa del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y 53 de la Constitución Política de Colombia; y por aplicación indebida del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

En la demostración del cargo cita textualmente el artículo 53 de la CN y el 39 de la Ley 100 de 1993, para manifestar que el Tribunal los omitió, siendo su obligación darles aplicación. Afirma que el colegiado desconoció los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social al actor, pues tiene una pérdida de la capacidad laboral del 65,20% debido a la enfermedad que padece VIH/SIDA y que acreditó 343 semanas de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

Señala que según la Ley 860 de 2003 debe acreditar una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% y un haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pero que las normas deben ser interpretadas de forma compatible con la protección especial constitucional para las personas que sufren su diagnóstico. Agrega que el Tribunal no realizó esa interpretación de la norma de cara a que el actor sufre una enfermedad catastrófica.

Advierte que la Corte Constitucional ha amparado los derechos a la seguridad social y a la vida digna de las

personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, como por ejemplo en las sentencias CC T-777 de 2009 y CC T-134 de 2012.

Expone que los criterios sobre los cuales gira la calificación de la invalidez y la existencia de requisitos legales objetivos sobre el número de semanas de cotización en los años previos a su estructuración, pueden llevar a una desprotección irracional y desproporcionada de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad extrema, a pesar de los fines legítimos que permitía esa regulación constitucional.

Considera que los jueces deben interpretar la jurisprudencia constitucional para fallar situaciones en la que se pretenda una pensión de invalidez por ser víctima del VIH, porque esas providencias son precedente relevante sobre el alcance de la norma, siendo obligatorio que funden sus decisiones en armonía con ese criterio superior.

Acota que la Ley 860 de 2003, puede ser inaplicada por motivos diversos a la violación a la prohibición de retroceso, siempre que ello sea necesario para guardar la supremacía de la Constitución Política, que en cada caso se debe ponderar las diferencias situaciones para determinar si es posible la excepción de inconstitucionalidad. Agrega que la Corte Constitucional ha considerado injustificada la fecha de estructuración de determinados casos de invalidez, puntualmente frente a enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, argumento que apoyó en la

sentencia CC T-221 de 2006 de la cual resaltó que el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 consagra requisitos que pueden ser considerados como un retroceso en el sistema pensional, debido a que bajo la citada Ley 100, solo se necesitaba para dicha pensión la respectiva calificación de invalidez y 26 semanas de cotización anteriores al tiempo de producirse ese estado, mientras que la nueva norma no sólo aumentó las semanas sufragadas sino que adicionó un requisito denominado fidelidad.

Concluye que el Tribunal debió inaplicar los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003, para en su lugar aplicar los estipulados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

## **VII. CARGO SEGUNDO**

Acusa la sentencia impugnada por violación directa en la modalidad de infracción directa del artículo 6º de Acuerdo 049 de 1990 y 53 de la Constitución Política de Colombia; y por aplicación indebida del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

En la demostración del cargo, cita textualmente los artículos 53 de la CN y el 6º del Acuerdo 049 de 1990, para establecer que el Tribunal desconoció la aplicación de los mismos, debiendo darles prelación en el desarrollo de su decisión.

Los demás argumentos planteados corresponden básicamente a los mismos realizados en el cargo primero, con la única diferencia que la conclusión giró en torno a que el Tribunal debió inaplicar los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003, para en su lugar aplicar los estipulados en el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990.

### **VIII. RÉPLICA**

El opositor manifiesta que la sentencia recurrida está acorde con el criterio jurisprudencial de esta Corporación, razón por la cual no se debe casar la misma, además que el actor de conformidad con los presupuestos fácticos que dio por demostrados el *ad quem* no tiene derecho a la prestación pretendida.

Señala que salta a la vista que no se dio la falta de aplicación ni la indebida aplicación de la norma que regía el caso, esto es, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y mucho menos del Acuerdo 049 de 1990, pues el Tribunal no desconoció esas normas, por el contrario, las citó en su providencia, por lo cual no se reveló con ellas, sino que por el alcance del artículo 16 del CST, en concordancia con el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, deja de aplicarlos.

### **IX. CONSIDERACIONES**

El Tribunal fundamentó su decisión en la norma aplicable a ese asunto, teniendo en cuenta que el señor

Orlando Guevara Castaño contaba con una pérdida de la capacidad laboral del 65,20% de origen común y con fecha de estructuración 29 de junio de 2006, era el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el cual exigía un mínimo de 50 semanas sufragadas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, requisito que no encontró acreditado, y que por aplicación del principio de la condición más beneficiosa no era viable acudir al artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, pues éste solo era permitido en el tránsito legislativo que ocurrió entre ese Acuerdo y la expedición de la Ley 100 de 1993.

La censura radica su inconformidad en que el Tribunal omitió aplicar el principio de la condición más beneficiosa, pues en su concepto por el hecho de que el actor cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 65,20% y acredita más de 343 semanas al sistema de seguridad social en pensiones, le resultaba viable acudir al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, o al artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la prestación por invalidez.

El problema a resolver radica en determinar si el Tribunal se equivocó al considerar que, para el 29 de junio de 2006, fecha de estructuración de la invalidez del actor, la norma que regulaba el caso era el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, o si por el contrario tal como lo sostiene el censor, es viable a la luz del principio de la condición más beneficiosa, acudir ya sea, al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, o al artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, para conceder la pensión de invalidez.

Previo a resolver, la Corte pone de presente los siguientes supuestos fácticos no discutidos, que se mantienen incólumes dada la senda escogida, que: *i)* el señor Orlando Guevara Castaño presenta una pérdida de la capacidad laboral del 65,20% de origen común; *ii)* dicha invalidez se estructuró el 29 de junio de 2006; *iii)* en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, cotizó 33 semanas; y *iv)* al 29 de junio de 2006 –fecha de estructuración de invalidez- contaba con un total de 314 semanas sufragadas en todo su vida laboral.

#### **A.- Norma aplicable**

Empieza la Sala por advertir, que le asiste razón al Tribunal en su razonamiento, como quiera que esta Corporación respecto del reconocimiento de las pensiones de invalidez, ha señalado que la disposición legal llamada a gobernar la definición de esa prestación, será la que se encuentre en vigor para la fecha de estructuración del estado del afiliado, ya que el artículo 16 del CST dispone que las normas del trabajo y de la seguridad social tienen efecto general inmediato y no tienen consecuencias retroactivas sobre situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

Recientemente esta Sala en sentencia CSJ SL3273-2018, al estudiar un caso similar memoró que la norma aplicable a los casos en los cuales la fecha de estructuración de la invalidez se dio en vigencia del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 1º de la

Ley 860 de 2003 (26 dic. 2003) es esta y no otra, pero solo respecto a la densidad de semanas exigidas, pues el requisito de fidelidad fue declarado inexecutable por la sentencia CC C-428 de 2009 e inaplicable por excepción de inconstitucionalidad CSJ SL17484-2014, así quedó plasmado:

*Pues bien, de manera reiterada y pacífica ha establecido la Corporación que el derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido a la luz de la legislación que se encuentra vigente al momento de la estructuración de la misma. Asimismo, ha precisado que no es viable, en aras de reconocer el derecho, dar aplicación al plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del caso en debate.*

*Conforme lo anterior, la estructuración de la invalidez del accionante tuvo lugar el 20 de septiembre de 2006, momento para el cual estaba vigente el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, el cual establece lo siguiente:*

*Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

*1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.*

*2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.*

*PARÁGRAFO 1.º Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.*

*PARÁGRAFO 2.º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.*

*Debe tenerse presente que la parte resaltada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-428-2009, en aplicación del principio de progresividad. Sin embargo, dejó vigente el requisito de la densidad de semanas. Al respecto señaló:*

*En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, incluido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, cabe decir que este aspecto de la reforma no implica una regresión en materia de exigibilidad de la pensión de invalidez, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Al respecto, sostienen algunos intervinientes que este aumento -de uno a tres años- favoreció enormemente a sectores de la población que carecen de un empleo permanente y que bajo la normatividad anterior (Art. 39 de la Ley 100 de 1993) se encontraban excluidos del beneficio de la pensión vitalicia de invalidez; en efecto, si para la fecha de consolidación del estado de invalidez una persona no se encontraba cotizando pero reunía más de 26 semanas cotización correspondientes a años anteriores, le era negado el derecho a la pensión de invalidez por no haber concentrado tales semanas en el último año.*

*Ahora, frente al requisito de fidelidad establecido en los numerales 1.º y 2.º de la Ley 860 de 2003, como bien lo asentó el Tribunal, la Sala ha adoctrinado que tal requerimiento impuso una evidente condición regresiva en relación a lo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993 y, por tanto, los jueces en su función de dispensar justicia deben abstenerse de aplicarlo puesto que es incompatible con los contenidos materiales del Estado social de derecho (CSJ SL 42540, 20 jun. 2012 y CSJ SL17791-2016).*

*Asimismo, la Corte ha precisado que lo anterior no implica darle efectos retroactivos a la sentencia de la Corte Constitucional, sino que corresponde al ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 4.º de la Carta Fundamental con el fin de preservar los valores, principios y derechos en ella consagrados, en armonía con normas internacionales de derechos humanos, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CSJ SL17484-2014; CSJ SL9182-2014; CSJ SL4346-2015; CSJ SL7099-2015; CSJ SL 5671-2016; CSJ SL6317-2016; CSJ SL6326-2016; CSJ SL9250-*

2016; CSJ SL 12207-2016; CSJ SL17791-2016; CSJ SL4438-2017; CSJ SL20063-2017; CSJ SL20767-2017 y CSJ SL072-2018).

Así las cosas, es evidente que la norma que rige la pensión de invalidez es la vigente al momento de su estructuración, esto es, el 29 de junio de 2006, de modo que en efecto le era aplicable el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y por lo tanto, el señor Orlando Guevara Castaño debía acreditar un total de 50 semanas sufragadas en los tres años interiores a su estado, es decir, entre el 29 de junio de 2003 y ese mismo día y mes del año 2006; siendo un hecho indiscutido que en ese lapso de tiempo solo contaba con 33 semanas.

### **B.- Principio de la condición más beneficiosa**

El asunto sometido a consideración en esta oportunidad ha sido suficientemente estudiado por la Sala, respecto al cual considera que cuando la pérdida de la capacidad laboral se estructura en vigencia de la Ley 860 de 2003, no es viable acudir a la aplicación de los artículos 6º del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, pues esa figura legal y constitucional en ningún caso, permite debido a los efectos de la llamada «*plusultraactividad*» que se haga una búsqueda histórica hasta llegar a la normativa que más favorezca al afiliado.

Así lo ha adoctrinado esta Corporación, entre otras, en sentencia CSJ SL2008-2018 reiterada en CSJ SL3397-2018, donde se puntualizó:

*Ahora, respecto a la aplicación de la condición más beneficiosa que pretende el recurrente para resolver el asunto de acuerdo con los requisitos señalados en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, debe indicarse que de acudirse a este principio, la norma inmediatamente anterior a la Ley 860 de 2003, es la Ley 100 de 1993, en su versión original, norma que establece como requisitos para acceder al pretendido derecho a) Que el afiliado haya cotizado por lo menos veintiséis semanas al momento de producirse la invalidez o que, b) habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiera realizado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.*

*Esta Sala en la providencia SL16886-2015, rad. n.º. 54093 del 11 de noviembre de 2015, rememoró lo expuesto en la sentencia SL8595-2015, rad.55730, en la que se resolvió un asunto de similares características al que ahora ocupa la atención de la Corporación. En esta oportunidad explicó:*

*Frente a una situación casi idéntica a la aquí tratada, en sentencia SL8595-2015, de 15 de jul. de 2015, expuso la Corte:*  
[...]

*“Frente a la inconformidad de la censura, no se encuentra que el ad quem haya cometido error alguno en su decisión, por cuanto la mayoría de la Sala ha sostenido de tiempo atrás que la norma que regula la prestación de invalidez es la que se encuentra vigente al momento en que se estructura el estado de invalidez y que, en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, se permite dar efectos a la norma inmediatamente anterior, sin que le sea dable al fallador efectuar una búsqueda histórica en las leyes precedentes, a fin de encontrar la más conveniente al caso particular en estudio.*

*“Bajo este entendido, se ha asentado que los casos de pensión de invalidez que, en principio, están gobernados por la Ley 860 de 2003, por haber ocurrido la estructuración de la invalidez en su vigencia, pueden ser analizados, por mandato del principio de la condición más beneficiosa, a la luz de las exigencias de la Ley 100 de 1993, por ser la normatividad inmediatamente anterior a aquella, para determinar si se cumplen con las mismas, pero que este análisis jurídico no avala, de ninguna manera, que el juez examine la situación fáctica con base en las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, anteriores a la Ley 100 de 1993, pues un*

*entendimiento en tal sentido desnaturaliza dicho principio constitucional y afecta de manera grave la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico.*

*“En efecto, recientemente, en un caso de similares dimensiones al que hoy estudia la Sala en contra del Instituto demandado, en la sentencia SL9780-2014, se dijo:*

*[...]*

*“No se discute, en ese sentido, el hecho de que el demandante estructuró su estado de invalidez el 30 de junio de 2006 y que dentro de los tres años anteriores a su muerte no realizó cotización alguna para el sistema general de pensiones.*

*“En tales condiciones, el Tribunal no incurrió en las infracciones jurídicas que denuncia la censura, pues esta Sala de la Corte ha explicado con suficiencia que la norma llamada a regular la pensión de invalidez es, por regla general, la que se encuentra vigente en el momento en que se estructura el estado de invalidez. En este caso, al corresponder dicho suceso al 30 de junio de 2006, como bien lo dedujo el juzgador de segundo grado, la norma aplicable era el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.*

*“Ahora bien, es cierto que en sentencias como la CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 38674, la mayoría de la Sala clarificó que es posible la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en aras de permitir la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, a aquellas situaciones gobernadas por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.*

*“No obstante, al mismo tiempo, la Sala descartó que en dichos supuestos pueda dársele aplicación a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, como lo reclama el censor, puesto que, adoctrinó, el principio de la condición más beneficiosa no supone una búsqueda histórica de normas con el fin de conseguir aquella que se acomode de mejor manera a las circunstancias personales de cada asegurado, sino la aplicación excepcional de la norma inmediatamente anterior a la que regula por principio la situación. [...] (Subrayado fuera de texto).*

Visto lo anterior, no es viable hacer una búsqueda histórica hasta ir al Acuerdo 049 de 1990 con fundamento en la condición más beneficiosa, bajo la cual la parte demandante funda su pretensión.

Así las cosas, siguiendo el precedente citado para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se tiene que el Tribunal no erró al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deprecada en el *sub lite*, al considerar que la normatividad aplicable, por regla general, es el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, modificadorio del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, bajo los parámetros fijados en la sentencia CSJ SL2358-2017, es viable en controversias relativas a la pensión de invalidez donde el afiliado se le estructuró su estado en vigencia de la Ley 860 de 2003 goce de la prerrogativa de la condición más beneficiosa y adquiriera el derecho conforme a la normativa anterior – artículo 39 de la Ley 100 de 1993-, solo si ello ocurrió entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, criterio de temporalidad fijado en jurisprudencia que se cumple, pues recuérdese que el actor tiene como fecha de estructuración el 29 de junio de 2006, razón por la cual debemos verificar si cumple con los demás parámetros para conceder la prestación reclamada al amparo de la citada ley 100. En la sentencia en mención se fijaron las siguientes pautas:

### **3. Recapitulación**

*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.*

Así las cosas, teniendo en cuenta que el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, no se encontraba aportando al sistema, ya que registra cotizaciones hasta el 30 de abril de 2003 y posteriormente desde el 1º de abril de 2006 en adelante, por lo tanto, debía acreditar 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre 26 de diciembre de 2002 y el 26 de diciembre de 2003, de las cuales solo certificó 13 semanas, razón por la cual en el lapso habilitado por el principio de la condición más beneficiosa, no reunió los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993. En consecuencia, el Tribunal no cometió error alguno.

### **C. Régimen de transición y aplicación del párrafo 2º del artículo 1º de la ley 860 de 2003**

Según el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, es posible acceder a la pensión de invalidez en otra hipótesis, y es *«cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años»*.

Así las cosas, bajo el régimen de prima media se tiene la posibilidad de obtener la pensión de vejez, ya sea, a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 o en virtud del régimen de transición en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Por consiguiente, se verificarán los requisitos exigidos por las disposiciones en comento.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en su numeral segundo estableció como requisito *«haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo»* las cuales *«a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015»*. Para el presente caso dado que el señor Orlando Guevara Castaño nació el 25 de febrero de 1941 alcanzó la edad requerida para la prestación bajo análisis el mismo día y mes del año 2001, fecha para cual debía acreditar para acceder a la pensión de vejez un total de 1.000 semanas, las cuales no sufragó, pues incluso

contabilizando las semanas hasta la fecha de estructuración de la invalidez solo contaba con 314, las cuales no equivalen al 75% de lo requerido, razón por la cual no es posible acceder a prestación pretendida a la luz de este artículo.

De otra parte, al analizar este asunto a la luz del literal b) del artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, para la pensión de vejez era necesario que el actor fuere beneficiario del régimen de transición, lo cual resulta acertado, pues el demandante nació el 25 de febrero de 1941 y al 1º de abril de 1994 contaba con 53 años de edad, sin embargo no acreditó las 1000 semanas en cualquier tiempo, ni las 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, habida cuenta durante toda su vida cotizó un total del 314 semanas, las cuales en ningún caso equivalen al 75% de los aportes requeridos de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

## **X. CARGO TERCERO**

Acusa la sentencia impugnada por violación indirecta en la modalidad de aplicación indebida del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y falta de aplicación del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia y el 39 de la Ley 100 de 1993.

Atribuye al Tribunal haber incurrido en el siguiente erro de hecho:

*No dar por demostrado, contra la evidencia, que en el presente caso la pérdida de capacidad laboral del 65.20 por ciento del actor fue ocasionada por el diagnostico de una enfermedad catastrófica VIH/SIDA.*

Indica que tal yerro se cometió por no haber apreciado el dictamen médico laboral emitido por el ISS y la historia clínica.

En la demostración del cargo manifiesta que el dictamen médico laboral emitido por el ISS el 7 de febrero de 2007, demuestra que el señor Orlando Guevara Castaño tiene una pérdida de la capacidad laboral del 65,20% debido al diagnóstico de VIH/SIDA y enfermedad arterial oclusiva crónica de miembros inferiores. Prueba que de conformidad con el artículo 252 del CPC, es documento auténtico, por lo que resulta idóneo para configurar un error de hecho, en este caso, por cuanto el Tribunal no lo apreció.

Señala que de haberlo valorado hubiera llegado a la conclusión de que era procedente inaplicar el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y en consecuencia hubiese concedido la pensión pretendida de acuerdo al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 53 de la CN.

De otro lado, argumenta que la historia clínica en casos como el presente, se convierte en un documento trascendental para efectos de probar la enfermedad que

generó la pérdida de capacidad laboral del paciente y la fecha de estructuración de la misma para efectos de solicitar y conceder la pensión de invalidez, prueba que alega no fue valorada y de la cual se desprende que la enfermedad padecida por el actor es de las denominadas catastróficas. Señala que de haber sido apreciada en conjunto con el dictamen médico laboral se habría concluido la procedencia de la pensión de invalidez.

Indica que así las cosas, resultaba imperioso casar la sentencia *«por falta de aplicación de la norma constitucional invocada y no dar aplicación a lo estipulado en el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990»*, y *«haber aplicado indebidamente el artículo 1º de la ley 860 de 2003»*, para en su lugar conceder la pensión solicitada.

## **XI. CARGO CUARTO**

Acusa la sentencia impugnada por violación indirecta en la modalidad de aplicación indebida del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y falta de aplicación del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia y el 6º del Acuerdo 049 de 1990.

Atribuye al Tribunal haber incurrido en el siguiente erro de hecho:

*No dar por demostrado, contra la evidencia, que en el presente caso la pérdida de capacidad laboral del 65.20 por ciento del actor fue ocasionada por el diagnostico de una enfermedad catastrófica VIH/SIDA.*

Indica que tal yerro se cometió por no haber apreciado el dictamen médico laboral emitido por el ISS y la historia clínica.

La demostración del cargo es idéntica a la del tercero.

## **XII. RÉPLICA**

El opositor manifiesta que para desestimar estos cargos basta con señalar que el sustento fáctico probatorio del Tribunal para negar la pensión de invalidez, fue no encontrar demostrado que el actor durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez hubiese cotizado 50 semanas, y no como lo da a entender en las causaciones, porque haya desconocido el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral del 65,20%, pues ese hecho se dio por probado en el fallo impugnado.

## **XIII. CONSIDERACIONES**

El Tribunal fundamentó su decisión en que de las pruebas allegadas al proceso se evidenciaba que el actor tenía una «*pérdida de la capacidad laboral de origen común del 65,20%, estructurada a partir del 29 de junio de 2006*», planteando el problema jurídico de cara a establecer la norma aplicable, pues el actor en toda su vida laboral aportó un total de 314 semanas, de las cuales 33 fueron en los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su estado, concluyendo que no cumplía con los requisitos exigido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003,

disposición aplicable en virtud del artículo 16 del CST, y que el principio de la condición más beneficiosa solo era aplicable en el tránsito legislativo que hubo entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993.

La censura radica su inconformidad en que el Tribunal no valoró el «*dictamen médico laboral*» emitido por el ISS en el cual se determinó el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral, ni la historia clínica de la cual se debe extraer el diagnóstico que le generó el estado de invalidez, pues en su concepto, de la apreciación de los mismos el Tribunal debió concluir que resultaba inaplicable el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y en consecuencia se debían exigir los requisitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 o en el 6º del Acuerdo 049 de 1990.

El problema a resolver radica en determinar si el Tribunal incurrió en una indebida aplicación de las normas denunciadas, como consecuencia de haber omitido valorar las pruebas reseñadas, y de ser así, determinar si al actor le asiste el derecho a la pensión de invalidez.

Como el cargo está encauzado por la senda indirecta, advierte la Sala que, de conformidad con lo normado en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, modificatorio del 23 de la Ley 16 de 1968, para que se configure el error de hecho es indispensable que venga acompañado de las razones que lo demuestran, que su existencia aparezca notoria, protuberante y manifiesta y, además, como lo ha dicho de vieja data la Corte, que provenga de manera evidente de

alguna de las tres pruebas calificadas, esto es, documento auténtico, confesión judicial o inspección judicial.

Al efecto, se memora que el error de hecho en los asuntos del trabajo y de la seguridad social, «*se presenta, según el caso, cuando el sentenciador hace decir al medio probatorio algo que ostensiblemente no indica o le niega la evidencia que tiene, o cuando deja de apreciarlo, y por cualquiera de esos medios da por demostrado un hecho sin estarlo, o no lo da por demostrado estándolo, con incidencia de ese yerro en la ley sustancial que de ese modo resulta infringida*» (CSJ, 11 feb. 1994, rad. 6043). Además, para que se configure, no es cualquier hipotética equivocación del Tribunal la que puede dar al traste o quebrantar su decisión, sino aquella que revista la entidad de palmaria, que surja a primera vista, por ser notoria, protuberante y manifiesta; características que no son de «*creación o invento jurisprudencial sino un nítido mandato legal inexcusable que exige que el recurrente demuestre el yerro de “modo manifiesto”*». Así lo determina claramente el artículo 60 del decreto 528 de 1964» (CSJ SL, 20 en. 2000, rad. 12679).

Bajo los anteriores criterios entra la Sala a estudiar las pruebas acusadas para establecer si el *ad quem* cometió los errores achacados, individualizándolas conforme los temas planteados, así:

1.- El dictamen médico legal emitido por el ISS el 7 de febrero de 2007 (f.º 163-164), del que se lee: «*deficiencias*» VIH/SIDA estadio B3 y enfermedad arterial oclusiva crónica

de miembros inferiores, las cuales fueron valoradas de conformidad con la «*historia clínica y evaluación por médico infectóloga*», llegando a la conclusión que el actor presentaba una pérdida de la capacidad laboral o invalidez del 65,20%, con fecha de estructuración 29 de junio de 2006 y que dicha calificación era de origen común.

Ahora, al observar la sentencia impugnada al rompe se evidencia que Tribunal sí apreció el dictamen en mención, extrayendo de él la misma información que esta Sala avizora, de lo que surge equivocada la acusación realizada por el censor y de paso infundado el único error de hecho enrostrado consistente en «*no dar por demostrado, contra la evidencia, que en el presente caso la pérdida de capacidad laboral del 65.20 por ciento del actor fue ocasionada por el diagnóstico de una enfermedad catastrófica VIH/SIDA*», pues fue precisamente a partir de establecer su estado de invalidez, que la controversia se centró en buscar la norma aplicable al *sub lite*.

2.- La historia clínica del demandante, prueba sobre la cual argumenta que no fue apreciada por el Tribunal y de la que expresa se desprende el diagnóstico que le generó la pérdida de la capacidad laboral que padece, y la cual en efecto no fue atendida en la decisión de segundo grado.

Sin embargo, ello no genera la comisión de un error de hecho notorio, protuberante y manifiesto, ya que los jueces de instancia tienen la obligación de valorar las pruebas de cara a las pretensiones y excepciones del proceso, esto es,

la pensión de invalidez, resultando necesario probar para tal fin, una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% y una densidad de semanas cotizadas al sistema de conformidad con la norma aplicable a cada caso, quedando por fuera de dichos requisitos la clase de enfermedad que genera el estado de invalidez.

En consecuencia, el Tribunal no incurrió en las acusaciones endilgadas por la censura, pues el *ad quem* negó la prestación pretendida fundado en la insuficiencia de semanas sufragadas requeridas por el artículo 1º de la ley 860 de 2003 y no porque hubiese desconocido el aspecto catastrófico de su enfermedad, como equivocadamente lo entendió el recurrente. Por todo lo anterior los cargos no prosperan.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de Orlando Guevara Castaño, y a favor del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma \$3.750.000,00 que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

#### **XIV. 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 treinta (30) de abril de dos mil doce (2012) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ORLANDO GUEVARA CASTAÑO** contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

Costas, como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO**

**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**ERNESTO FORERO VARGAS**