

Análisis jurisprudencial del principio de condición más beneficiosa para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez por enfermedad crónica, degenerativa o congénita.

Leidy Cristina Duque Ríos¹

Deisy Jacqueline García Gómez²

Anderson Botero Arbeláez³

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico leidycristinaduque@gmail.com

² Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico dejack-18@hotmail.com

³ Abogado Especialista en Seguridad y Salud en el Trabajo, Docente de la Universidad Católica de Oriente, quien participó como asesor en el presente artículo de reflexión. Correo electrónico abotero@uco.edu.co

Resumen

Muchas personas desconocen el principio de condición más beneficiosa, a través del cual, las Altas Cortes han emitido diferentes pronunciamientos frente al reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando no se cumplen los requisitos establecidos en la normatividad vigente (Ley 860 de 2003- Decreto 1833 de 2016), por lo tanto, a nivel jurisprudencial se han planteado algunos requisitos mínimos que los afiliados requieren para acceder a dicho reconocimiento y que así mismo, las Administradoras de los Fondos de Pensiones deben tener en cuenta en aras de examinar y proceder al reconocimiento prestacional.

Objetivo: Analizar las posibilidades que presenta la jurisprudencia, para que una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, obtenga el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el principio de condición más beneficiosa. **Discusiones:** En el análisis jurisprudencial, se logra evidenciar que la Corte Constitucional ha sido garante de los derechos fundamentales de las personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, al realizar un análisis juicioso en cada caso en particular, permitiendo de esta manera el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo el principio de la condición más beneficiosa; mientras que la Corte Suprema, si bien ha aplicado dicho principio, lo ha hecho en un sentido más restrictivo, aplicando la norma inmediatamente anterior, considerando para ello la sostenibilidad financiera del sistema.

Palabras Clave: Pérdida de capacidad laboral, Principio de condición más beneficiosa, Capacidad laboral residual, Debilidad Manifiesta, Enfermedad crónica, Enfermedad degenerativa, Enfermedad congénita, fecha de estructuración, Origen común, Pensión de invalidez.

Abstract

Many people are unaware of the principle of more beneficial condition through which the High Courts have issued different pronouncements against the recognition of the disability pension when the requirements established in the current regulations are not met (Law 860 of

2003- Decree 1833 of 2016). However, at the jurisprudential level, these judicial bodies have raised some requirements that affiliates must comply with in order to have access to such recognition and that the Pension Fund Administrators must also take into account in order to examine and proceed with the benefit recognition. Objective: To analyze the possibilities through jurisprudence that a person suffering from a chronic, degenerative or congenital disease has for the recognition of the disability pension under the principle of the most beneficial condition. **Discussions:** in the jurisprudential analysis it is possible to demonstrate that the Constitutional Court has been guarantor of the fundamental rights of people suffering from chronic, degenerative or congenital diseases, by performing a judicious analysis in each particular case, thus allowing the recognition of the pension of disability under the principle of the most beneficial condition; While the Supreme Court has applied this principle, it has done so in a more restrictive sense, applying the immediately preceding norm, considering the financial sustainability of the system.

Keywords: Loss of work capacity, Principle of most beneficial condition, Residual work capacity, Manifest weakness, chronic illness, Degenerative disease, congenital disease, date of structuring, common origin, Disability pension.

Introducción

Las personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, se han visto en una situación desfavorable en relación al reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que, al solicitar dicha prestación ante las Administradoras de los Fondos de Pensiones, éstas les niegan el derecho por no cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente (Ley 860 de 2003- Decreto 1833 de 2016). Por tal motivo, las personas bajo estas circunstancias, han tenido que acudir a los órganos judiciales, buscando el amparo de sus derechos como sujetos de especial protección, solicitando la aplicación de los principios constitucionales, tales como: el principio de universalidad, de integralidad, de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social, de solidaridad y el de buena fe. Estos principios son la base para la consolidación del principio de condición más beneficiosa, el cual permite la aplicación de una

norma anterior a la vigente al momento de estructurarse una pérdida de capacidad laboral superior o igual al 50%, cuando una persona se ha forjado una expectativa legítima. El artículo esbozará brevemente los principios constitucionales, normas y jurisprudencia acordes al principio de condición más beneficiosa. **Metodología.** La investigación se realizó bajo el enfoque cualitativo tipo descriptivo, el cual permitió recopilar información de casos donde se concedió la pensión de invalidez bajo el principio de condición más beneficiosa, con base en los fallos de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Así mismo, permitió identificar los requisitos exigidos para el reconocimiento de dicha prestación a nivel jurisprudencial.

Análisis jurisprudencial del principio de condición más beneficiosa para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez por enfermedad crónica, degenerativa o congénita.

En Colombia la Constitución Política como norma suprema que fundamenta todo el ordenamiento jurídico, consagra una serie de artículos que hacen referencia a la protección de los derechos de los trabajadores y en especial a aquellos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, es el caso de las personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, quienes gozan de un amparo especial por parte del Estado colombiano. Es así, como el artículo 13 de la Carta Magna en su inciso final proclama lo siguiente: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. (Constitución Política de Colombia, 1991, art.13).

Ahora bien, en el artículo 47 de la Constitución Política se predica nuevamente la protección especial que tienen las personas con discapacidades físicas por parte del Estado en el cual se indica: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. (Constitución Política de Colombia, 1991, art.47).

A renglón seguido en el artículo 48 se hace mención del derecho a la Seguridad Social, en el cual se establece que: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”. (Constitución Política de Colombia, 1991, art.48).

Por su parte el artículo 53 de la Constitución, se refiere al derecho al trabajo, en el cual consagra:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Constitución Política de Colombia, 1991, art.53).

Finalmente, el artículo 54 ha establecido:” El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud” (Constitución Política de Colombia, 1991, art.54).

Además, en Colombia con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el bloque constitucional ha tomado verdadera importancia, en aras de garantizar la defensa de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Por tanto, en los Instrumentos

Internacionales se encuentran una serie de convenios, que brindan una especial protección a aquellas personas que padecen una disminución física. Es así, como en la Declaración Universal de los derechos del Retrasado Mental de 1971 se adoptan algunas medidas para proteger los derechos de las personas que padecen “retraso mental”, el cual indica:

El retrasado mental debe gozar hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos. El retrasado mental tiene derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes. El retrasado mental tiene derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso. Tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil. (Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, 1971,pag.1).

Así mismo, con la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975, se ha pretendido ayudarles a desarrollar sus aptitudes en las diversas esferas, así como fomentar su incorporación a la vida social normal. Se estableció además que el “impedido” debía gozar de todos los derechos que fueron enunciados en dicha Declaración.

En el Convenio 159 de 1983 de la Organización Internacional del Trabajo, se estableció como propósito principal:

Considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad. También se estableció en dicho Convenio que las autoridades deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo. (Organización Internacional del Trabajo, 1983, art.1, art.5).

En la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con Discapacidad de 1999, en la que los estados parte se comprometieron a:

Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Además, trabajar prioritariamente en la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad. (Departamento de Derecho Internacional OEA, 1999, art.3).

Y si se continúa analizando las diferentes normas, acuerdos e instrumentos internacionales, se logra evidenciar la protección reiterativa de los derechos de las personas en estado de debilidad manifiesta, por tanto, estos no pueden ni olvidarse, ni desconocerse.

Para iniciar, es importante aclarar en términos generales, qué se entiende por pensión de invalidez. Para mayor comprensión la Corte Constitucional en Sentencia T-477 de 2018 indica que:

Esta tiene como finalidad proteger a las personas de las contingencias derivadas de una enfermedad de origen común o profesional o por haber padecido un accidente que disminuye o finiquita su capacidad laboral. Por lo tanto, para solventar esta circunstancia, se otorga una prestación mensual destinada a satisfacer las necesidades básicas que garanticen la subsistencia digna del afectado”. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T- 477, 2018).

Por lo tanto, la pensión de invalidez puede derivarse de una enfermedad de origen común o de origen profesional. Esta última es desarrollada por la Ley 776 de 2002 en su artículo 1° el cual establece que:

Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994. Así mismo en su artículo 9° indica que, para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, se considera inválida la persona que, por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación (Ley 776, 2002, art.1, art.9).

La pensión de invalidez de origen común, encuentra su sustento legal concretamente en el artículo 38 de la ley 100 de 1993, y para que el trabajador o afiliado pueda acceder a esta prestación debe presentar una pérdida no intencional del 50% o más de su capacidad laboral. Además, según la misma ley el afiliado debe cumplir con los siguientes requisitos: “tener reconocida una pérdida de la capacidad laboral del 50% o más. Para mayores de 20 años de edad, se requiere haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Para personas menores de 20 años de edad, haber cotizado 26 semanas en el último año, previo a la fecha de estructuración de la invalidez. 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 años” (Ley 100, 1993, art.38).

En la Sentencia T-086 de 2018 se indica que, con respecto a las normas de pensión de invalidez en Colombia, han existido tres regímenes pensionales desde el año 1990. Estos comparten entre sí tres requisitos para acceder a esta prestación: tener un grado de pérdida de capacidad laboral, demostrar el número de semanas mínimas cotizadas requeridas y solicitar el reconocimiento pensional, a partir de la fecha de estructuración de la invalidez. A continuación, se hará un breve recuento de cada normativa y se explicará cuáles son los criterios para determinar su aplicación.

Normativamente se tiene como antecedentes: el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, específicamente en su artículo 6° establece como requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez los siguientes:

a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez (Acuerdo 049, 1990, art.6).

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 (versión original) mediante la cual se creó el sistema de seguridad social integral, en su artículo 39 estableció como requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez (Ley 100, 1993, art.39).

La ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, específicamente en su artículo 11 estableció los requisitos del afiliado para obtener la pensión de invalidez, estos son:

1. Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma (Ley 797 de 2003, 2003,art.11. Declarado Inexequible).

El anterior artículo fue declarado inexecutable mediante sentencias de la Corte Constitucional 1056 y 1094 de 2003.

Posteriormente, la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 estableció como requisitos: “Que el afiliado sea declarado inválido y que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración” (Ley 860, 2003, art.1).

En el siguiente cuadro se ilustran los requisitos de manera más clara.

Tabla 1. Requisitos de los diferentes regímenes pensionales.

NORMA	REQUISITOS
Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990	a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”.
Ley 100 de 1993 (versión original)	“a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”.
Ley 797 de 2003 (artículo 11 declarado inexecutable)	1. Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma”.
Ley 860 de 2003	1. Que el afiliado sea declarado inválido y que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. PARÁGRAFO 1º: 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 (Sentencia C- 020 de 2015).

PARÁGRAFO 2o. 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.

Nota. Fuente: elaboración propia.

En resumen, la Ley 860 de 2003 cambió el requisito en cuanto al número de semanas para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, así como el plazo para hacer valer las mismas, pasando de un año a los tres últimos años anteriores a la estructuración de la invalidez, tal como lo ha establecido la Corte Suprema en Sentencia SL - 4650 de 2017:

La Ley 797 de 2003, al ser sometida a escrutinio constitucional, no fue tenida como regresiva al incrementar el requisito de semanas de cotización para el acceso a la pensión de invalidez y de sobrevivientes. Por tanto, opera la presunción general de que se trata de una norma progresiva y, como resultado, permite la aplicación de principios (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 4650, 2017).

Podría concluirse, que a pesar que la Corte Suprema la considera como norma progresiva, para muchos afiliados acceder al reconocimiento de la prestación de invalidez y de sobrevivientes se ha vuelto un imposible, en el sentido que muchos afiliados no cumplen con el requisito de las 50 semanas en los tres últimos años y no solo eso, sino que también, los sujetos de especial protección se han visto en la necesidad de solicitar el reconocimiento prestacional a través de acción de tutela, porque además de ser el mecanismo idóneo, tal como se ha establecido en múltiples sentencias de la Corte Constitucional, en los casos de las personas que padecen una discapacidad, es procedente la acción de tutela para no causarles un perjuicio irremediable y porque ésta evita que se vulneren sus derechos fundamentales, al no tener que esperar largo tiempo para una solución y además porque el proceso ordinario conlleva muchos gastos.

Ahora bien, al hablar de los sujetos de especial protección, específicamente de las personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, es importante precisar, qué se entiende en primera medida por enfermedad crónica, la cual es definida por la Organización

Mundial de la Salud como una “enfermedad de larga duración y por lo general de progresión lenta” (Organización Mundial de la Salud WHO, 2019). En segunda medida, la enfermedad degenerativa es definida por el Instituto Nacional del Cáncer de los Institutos Nacionales de la Salud de EE. UU., como una “Enfermedad en la cual la función o la estructura de los tejidos u órganos afectados empeoran con el transcurso del tiempo, como, por ejemplo, la osteoartritis, la osteoporosis y la enfermedad de Alzheimer” (Instituto Nacional del Cáncer, 2019). Y por último una enfermedad congénita, según la Organización Mundial de la Salud “se trata de una anomalía estructural o funcional, como los trastornos metabólicos, que ocurren durante la vida intrauterina y se detectan durante el embarazo, en el parto o en un momento posterior de la vida” (Organización Mundial de la Salud WHO, 2019).

Para una mayor comprensión y antes de hacer referencia al reconocimiento de la pensión de invalidez para aquellas personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, es importante indicar que, no solo a estas personas sino a todas aquellas que pretenden acceder al reconocimiento de dicha prestación, como primera medida, deben tener una calificación de pérdida de capacidad laboral (PCL), la cual contempla: el grado o porcentaje en que una persona ha perdido su capacidad laboral, la fecha en que la invalidez ha sido estructurada y el origen de la patología o el accidente. “Tal como lo establece el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, les corresponde para determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias, al Instituto de Seguros Sociales (ISS), Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales- ARP (ahora ARL), a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS”. (Botero Arbelaez & Londoño, 2018, pag.3)

El grado o porcentaje de pérdida de capacidad laboral que debe tener una persona para tener derecho a la pensión de invalidez es el 50% o más de PCL, según lo establecido por la Ley 860 de 2003. Con respecto a la fecha de estructuración de la invalidez es importante establecer que de acuerdo el Manual Único de Calificación de Invalidez (Decreto 1507 de 2014) en su artículo 3°, ésta se entiende como:

La fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado éstos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional. Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral (Decreto 1507, 2014, art.3, pag.3).

En relación a las personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la fecha de estructuración exige un tratamiento especial, en aras de no vulnerar sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, toda vez que, si se da únicamente el tratamiento que estipula el Manual Único de Calificación para determinar la fecha de estructuración, un gran porcentaje de estas personas no podrían acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Para ejemplificar, en la sentencia T-561 de 2010 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá, T- 561,2010), una ciudadana presentó acción de tutela solicitando la protección de sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital, por lo que el ISS le negó la pensión de invalidez, argumentando que no cumplía con los requisitos de la norma vigente a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, el 17 de noviembre de 1983, fecha en que le diagnosticaron esquizofrenia esquizo- afectiva. La accionante cotizó al sistema desde el 19 de julio de 1983 por un lapso de 21 años. Este caso, aún si fuese reciente, la solicitante no podría acceder a la pensión de invalidez, puesto que sólo llevaba cuatro meses de cotización al sistema y no le permitiría cumplir lo establecido en el Manual Único de Calificación, en relación a la fecha de estructuración.

La accionante, pese a su complejo estado de salud, cotizó gran cantidad de semanas y en el año 2004 solicitó su calificación de invalidez, fecha que coincide con su último aporte al sistema. Es por esto, que la Corte Constitucional protegió los derechos de la actora, sustentando que no podía aceptarse como fecha de estructuración la determinada en el dictamen de calificación (17 de noviembre de 1983), puesto que ella pudo seguir laborando y aportando al sistema hasta dicha calenda. Por tanto, la Corte de manera razonable indicó, que las Administradoras de los Fondos de Pensiones debían establecer la fecha de estructuración, desde el momento real y definitivo en que se consolide la situación de invalidez.

Así entonces, como lo reitera la sentencia T-752 de 2014 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, T-752, 2014), existe una línea jurisprudencial, de la cual se desprenden los requisitos de la fecha de estructuración, partiendo del momento en que el solicitante pierde en forma permanente y definitiva su capacidad laboral. “El primero, a partir de la emisión de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral (T-561 de 2013 y T-483-2014); el segundo, cuando la persona realizó el último aporte al Sistema General de Pensiones (T-427 de 2012 y T-627 de 2013) y, el tercero, desde la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez ante la entidad encargada de ello (T-022 de 2013)”.

En la anterior situación, se puede apreciar uno de los problemas jurídicos más comunes que han tenido que afrontar la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en relación con la pensión de invalidez en personas con enfermedades crónicas, degenerativas y congénitas, puesto que, estas personas muchas veces, pueden continuar laborando hasta tanto su enfermedad no se los impida de manera definitiva. Por tanto, en estos casos la fecha de estructuración, es definida por los fondos de pensiones desde que la enfermedad se agrava o se diagnóstica, coincidiendo incluso, en ocasiones con la fecha de nacimiento del solicitante, de una persona con limitaciones auditivas desde su nacimiento (enfermedad congénita).

Así mismo, en sentencia T-483 de 2014 la Sala Primera de Revisión señaló que:

En los casos donde se deba establecer la fecha de estructuración de la invalidez a una persona que sufra una enfermedad congénita y la misma no le haya impedido ejercer una

actividad laboral remunerada durante ciertos periodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de la capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en forma definitiva y permanente, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-483,2014).

El anterior problema jurídico ha tenido un desarrollo jurisprudencial progresivo y favorable, como ya se ha indicado, la capacidad laboral de las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, no siempre desaparece de forma inmediata, toda vez que, en muchos casos pueden seguir laborando paulatinamente pese a su condición física.

La Corte Constitucional en Sentencia SU 588 de 2016 definió la capacidad laboral residual “como la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU- 588,2016).

En diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional ha afirmado que, en estos casos, también se debe tener en cuenta las semanas cotizadas después de la fecha estructuración, puesto que éstas se han generado en relación a la capacidad laboral residual, lo cual le ha permitido trabajar hasta que su estado de salud se lo impida de manera definitiva.

En la sentencia T-228 de 2017 de la Corte Constitucional, uno de los accionantes padecía una enfermedad degenerativa, tenía una pérdida de capacidad laboral del 75.47%, con fecha de estructuración del 05 de junio de 2015 y 571 semanas cotizadas, de estas 201 fueron cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Dicha persona solicitó el reconocimiento de la pensión, prestación que le fue negada por Colpensiones al no cumplir con el requisito de cotización establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y tampoco cumplía con el requisito de semanas para ser acreedora del principio de condición más beneficiosa. El otro accionante tenía una pérdida de capacidad laboral del 70.29% de origen común con fecha de estructuración del 20 de septiembre de 2010 y 182 semanas cotizadas, solicitó la pensión a

Protección S.A. la que le fue negada argumentando que no cumplía con los requisitos establecidos en la normatividad vigente, ya que en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez solo había cotizado 45.19 semanas.

En esta Sentencia la Corte se pronunció nuevamente frente a las enfermedades degenerativas, en la que indicó:

Esta Corporación ha señalado reiteradamente que las personas que padezcan de enfermedades degenerativas, que hayan conservado una capacidad laboral residual después de ser diagnosticadas y que hayan seguido trabajando, tienen derecho a que el fondo de pensiones les reconozca los aportes que realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta el momento en que perdieron su fuerza de trabajo de manera permanente y definitiva. Es decir, hasta el día en que no pudieron seguir cumpliendo sus funciones en razón de su incapacidad y, en consecuencia, enfrentaron la imposibilidad de proveerse un sustento económico a partir de su participación en el mercado laboral, así como de continuar efectuando las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social (Corte Constitucional de Colombia, Sala de Revisión, T-228,2017).

También en la Sentencia T 228 de 2017 se reiteró la jurisprudencia establecida en la Sentencia SU 588 de 2016 en la se establecieron unas subreglas que los fondos de pensiones debían verificar en los casos de las personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas las cuales son:

(i) Que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, (ii) que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas; y, (iii) que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y que la densidad de semanas aportadas permite establecer

que el fin de la persona no es defraudar al Sistema. (Corte Constitucional de Colombia, Sala de Revisión, T-228,2017).

En ambos casos se concedió la protección de los derechos fundamentales y se ordenó en el caso del afiliado a Protección S.A., determinar si el accionante tenía derecho a la pensión de invalidez, para lo cual debería tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez hasta la fecha en que efectivamente dejó de laborar y cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En el otro caso se dio hecho superado, en el entendido que Colpensiones reconoció la pensión dentro del trámite de la revisión de la tutela.

La capacidad residual, se soporta en tres principios guías del Sistema Integral de la Seguridad Social, según la sentencia T-111 de 2016 de la Corte Constitucional son los siguientes:

En primer lugar, el principio de universalidad que busca garantizar el acceso al derecho a la seguridad social de quienes sufren alguna limitación física. En segundo, el principio de solidaridad que ordena atender de manera prevalente a la población más vulnerable. Y, finalmente, el principio de integralidad, cuyo fin es el de asegurar que todas las contingencias que puedan afectar las condiciones de vida de una persona, en aspectos tales como la salud, la integridad física y la capacidad económica, estén cubiertas por el Sistema de Seguridad Social (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-111,2016).

Igualmente, en la anterior sentencia se especifican los requisitos para aplicar esta regla especial de contabilización de semanas cotizadas, los cuales son:

(i) que el trabajador tenga una pérdida de capacidad laboral mayor al 50% como consecuencia de una enfermedad degenerativa, congénita o crónica; (ii) que luego de la fecha de estructuración, el afiliado haya conservado una capacidad laboral residual que le haya permitido seguir cotizando y completar las 50 semanas exigidas por la normatividad pertinente; y (iii) que no se evidencie un ánimo de defraudar al Sistema General de

Seguridad Social (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-111,2016).

La capacidad residual es, por tanto, una de las vías más idóneas y favorables que tienen las personas con enfermedades crónicas, degenerativas y congénitas, para lograr acceder a la pensión de invalidez, máxime cuando estos sujetos, debido a sus condiciones especiales de salud, pueden trabajar, pero de manera intermitente, en pocos casos su situación les permite laborar de manera constante e ininterrumpida.

Ahora bien, el tercer requisito de la capacidad residual, hace hincapié en que no puede evidenciarse un ánimo de defraudar el sistema. De ninguna manera puede utilizarse este beneficio en detrimento y desequilibrio financiero.

En la sentencia de unificación SU-588 de 2016, el señor Orlando Ramos Robayo solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez a Colpensiones, por ser sordomudo de nacimiento y pese a su condición, pudo laborar y cotizar al sistema; fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 52.5%, con fecha de estructuración el día 23 de noviembre de 1953, fecha en la cual nació. La pensión le fue negada por no acreditar las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (fecha de nacimiento), sin tener en cuenta que después de la fecha de estructuración cotizó una buena cantidad de semanas al sistema.

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido en dicha sentencia que:

Lo anterior busca evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantiza la sostenibilidad fiscal del mismo, en tanto que, si una persona ha cotizado durante varios años de manera ininterrumpida o, en su defecto, lo ha hecho de forma interrumpida, pero durante periodos de tiempo importantes, es fácil deducir que los aportes se han hecho gracias a la capacidad laboral residual con la cual ha podido ejercer un oficio que le ha permitido garantizar para sí y para su familia un mínimo vital. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU- 588,2016).

Según esta sentencia, le corresponde a los Fondos de Pensiones comprobar y corroborar si el solicitante acredita las 50 semanas con la única finalidad de cumplir con las semanas o si por el contrario se dieron en una efectiva actividad laboral. En la sentencia T- 496 de 2017, se da el caso de un joven que fruto de un accidente de tránsito, le provocó un trauma craneoencefálico. En este caso Protección, pudo corroborar que el accionante estaba cotizando, para finalmente, poder acceder a la prestación. En este sentido el Fondo de Pensiones indicó que “no existe fundamento legal, ni jurisprudencial para acceder a la prestación del actor y por el contrario reconocer dicha prestación iría en detrimento de la sostenibilidad financiera del sistema, con mayor razón, en el caso del actor en el que se advierte una falta de solidaridad, pues solamente reinició sus cotizaciones, una vez conoció de su pérdida de capacidad laboral” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-496, 2017).

En este caso la Corte no tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social del actor al no acreditar las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha en que se estructuró la invalidez y no demostró que estar en el supuesto de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita.

Por otro lado, se debe advertir, que es tan importante evitar que se defraude al sistema por parte del accionante, como también que, los Fondos de Pensiones no puedan generar enriquecimiento sin causa, en los casos en que se pueda hacer efectivo el acceso a la prestación a través de la capacidad residual.

La Corte Constitucional en la sentencia T-671 de 2011, analiza este aspecto. En ésta la accionante de 60 años de edad, solicita el reconocimiento de la pensión a través de agente oficioso, con fecha de estructuración el 13 de marzo de 1981 y obteniendo una calificación del 64.64%. Se le negó la pensión por parte del ISS por no acreditar las semanas exigidas por el literal b del artículo 5° del Decreto 3041 de 1966, por lo que tenía que acreditar 150 semanas de cotización para los riesgos de invalidez, vejez y muerte dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época. A la solicitante se le tuvo en cuenta

como fecha de estructuración el 13 de marzo de 1981 y no la fecha en que perdió de forma definitiva la capacidad laboral, esto es, el 27 de febrero de 2009.

Es así como en dicha sentencia la Corte Constitucional indicó que:

En el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la pérdida de capacidad laboral es gradual y por tanto la persona que sufre de alguno de este tipo de padecimientos puede continuar desarrollando sus actividades; en segundo lugar, no se tiene en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para el reconocimiento de esta prestación, lo cual puede generar un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de pensiones al beneficiarse de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración (Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión, T-671, 2011).

De esta manera, la Corte Constitucional, de manera razonable y equitativa analiza los dos extremos; por un lado existe la posibilidad por parte del solicitante de defraudar el sistema y por el otro lado, podría ser factible que se genere un enriquecimiento sin causa por parte de los Fondos de Pensiones, toda vez que, cuando el afiliado continúa laborando y cotizando al sistema después de la fecha de estructuración, esto no puede representar en ningún sentido un enriquecimiento para el Fondo de Pensiones, teniendo en cuenta que si no se diera aplicación a la capacidad residual para acceder a la pensión, las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración quedarían a favor del Fondo de Pensiones y no existiría ningún beneficio al afiliado.

En relación al principio de condición más beneficiosa, se debe indicar que lo ha definido la Corte Constitucional de la siguiente manera:

Se puede caracterizar el principio de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de

capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU- 442 , 2016).

Por tanto, el principio de condición más beneficiosa, es un mecanismo idóneo que permite dar solución favorable al constante cambio normativo, que, en algunas ocasiones, va en menoscabo de los derechos de los afiliados al sistema general de la seguridad social.

Partiendo del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece en forma expresa que las normas laborales tienen efecto general inmediato, pero no tienen efecto retroactivo, esto no afecta de ninguna manera las situaciones del trabajador ya definidas o consumadas por leyes anteriores, así lo señala la Sentencia de la Corte Constitucional C-177 de 2005 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-177, 2005). Además, el artículo 21 del mismo Código establece que, en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes del trabajo, prevalecerá la más favorable al trabajador. Por tanto, se debe hacer una interpretación favorable de ambos artículos, los cuales están en concordancia con el artículo 53 de la Constitución Política (principio de favorabilidad), mediante el cual se reconocen los principios mínimos fundamentales del Estatuto del Trabajo; así mismo, se debe dar aplicación el principio *pro homine*, la sentencia T-757 de 2014, lo define como el principio según el cual, donde exista duda acerca de la protección de un derecho fundamental, debe adoptarse la interpretación que mejor se comparezca con los derechos fundamentales en juego.

Las anteriores normas y principios permiten desarrollar el principio de condición más beneficiosa, que supone la progresividad del derecho laboral, garantizando la aplicación de los derechos fundamentales del ciudadano y evitando que la norma jurídica posterior sea más gravosa al solicitante.

Según Sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 24280 del 05 de julio de 2005, resultaría ineficaz y sin sentido práctico, si se negara el derecho pensional a quien está afiliado a la Seguridad Social y cumpliera con las semanas cotizadas, incluso por encima de las

exigidas y no pudiese acceder a la prestación, solo por no cumplir con uno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993, que es haber cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se causó la invalidez. Tal como lo indica la misma sentencia:

(...) sería una paradoja jurídica entender que quien había cotizado dentro del régimen anterior con abundancia de semanas, como acontece con la actual demandante, quede privada de la pensión por falta de las 26 semanas exigidas en el nuevo régimen, ya que de antemano tenía consolidado un amparo para sobrellevar la invalidez dentro del régimen antiguo, amparo éste que ni los principios constitucionales tutelares del trabajo humano ni la justicia y la equidad permiten desconocer. Más aún cuando la entidad obligada a reconocer la pensión de invalidez ya lo estaba dentro del antiguo régimen, sin que ahora pueda escudarse en el nuevo, para abstenerse de cumplir ese deber jurídico que de antemano ya pesaba sobre tal entidad. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL- 24280, 2005).

En esta sentencia la demandante tenía sufragadas 971 semanas, tenía una pérdida de capacidad laboral del 51.20% y en el año anterior a la fecha de estructuración de la invalidez (21 de febrero de 2000), no tenía semanas cotizadas, motivo por el cual el ISS le negó la pensión, pero la Corte Suprema en Sala de Casación Laboral casó parcialmente la sentencia.

De manera reiterativa, en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 24812 del 21 de febrero de 2006, la demandante tuvo una pérdida de capacidad laboral del 56.25%, 657 semanas cotizadas en toda su vida laboral y una fecha de estructuración del 19 de diciembre de 1996, así mismo, cotizó 23 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se produjo el estado de invalidez y el ISS le negó la pensión por no cumplir con el requisito de las 26 semanas en el año inmediatamente anterior. La sentencia dispuso lo siguiente:

(...) resulta inequitativo y contrario al postulado legal, que la persona que haya cotizado más de 300 semanas durante su vida laboral, no pueda ser beneficiaria de la pensión de

invalidez, únicamente por el hecho de no haber aportado las 26 semanas en el último año anterior a la estructuración de tal estado.

En ese orden, es de obligatoria aplicación el principio de la condición más beneficiosa previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, para reconocer la pensión reclamada con fundamento en lo previsto por el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL- 24812 , 2006).

En el mismo sentido y para no redundar, es importante hacer mención de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicado 30528 del 05 de febrero de 2008, la cual sigue la misma línea jurisprudencial de las dos anteriores. A estas tres sentencias se les dio aplicación del principio de condición más beneficiosa, contemplado en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, quedando sin efecto la norma vigente para el momento en que se le estructuró la invalidez a cada uno de los solicitantes.

En otros casos concretos, los solicitantes no han cumplido con los requisitos exigidos por la 860 de 2003, que es la ley vigente y que como ya se dijo anteriormente, exige haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez.

Este caso se da con la sentencia de la Corte Constitucional SU-442 de 2016, en donde al actor se le determina pérdida de capacidad laboral del 50.21% por una enfermedad pulmonar obstructiva crónica, hipertensión arterial esencial primaria, cardiomiopatía isquémica y varices en sus miembros inferiores. La fecha de estructuración es el 17 de octubre de 2013 y con un total de 653 semanas cotizadas, comprendidas entre el 28 de enero de 1980 y el 30 de noviembre de 2008, el solicitante cotizó 359 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 46 durante el año anterior a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003. Colpensiones le negó la pensión porque no cumplía con los requisitos de la ley vigente, ni cumplía con los requisitos de la ley inmediatamente anterior, para darle aplicación al principio de condición más beneficiosa.

Al respecto la Corte Constitucional, indicó:

El principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia. Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU- 442 ,2016)

Por tanto y en base a lo anterior, la Corte Constitucional estableció que el solicitante es un sujeto de especial protección y que no se encontraba en buena situación económica, por tanto, resolvió dar aplicación al principio de condición más beneficiosa aplicando el acuerdo 049 de 1990, puesto que el actor reunía 359 semanas antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, por lo que lo convirtió en acreedor de una expectativa legítima y como último no se le vio la intención de defraudar al sistema.

En este tipo de situaciones, como el de la sentencia anterior, ha existido un choque de trenes entre las dos altas cortes; actualmente la Corte Constitucional ha tenido un papel más garantista a la hora de aplicar el principio de condición más beneficiosa que la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que la Corte Constitucional ha aplicado la norma inmediatamente anterior a la vigente y en muchos casos, ha aplicado el régimen más antiguo, siempre y cuando el solicitante esté ante una expectativa legítima. En la actualidad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la mayoría de los casos, solo da aplicación a la norma inmediatamente anterior, en base a tres argumentos:

(i) la sostenibilidad financiera del sistema pensional, la cual se vería erosionada si se admiten “obligaciones ilimitadas, no incluidas en los cálculos actuariales que imprescindiblemente han de tenerse en cuenta”; (ii) en el principio de legalidad, por cuanto implica darles a normas derogadas efectos ‘plusultractivos’, toda vez que se aplican más allá de la vigencia de la norma derogatoria siguiente, mientras rige la norma subsiguiente; (iii) en la seguridad jurídica, afectada por la convivencia simultánea de normas distintas para una misma situación. Estos argumentos ya han sido revisados por la Corte Constitucional en diversas sentencias, razón por la cual en este caso la Sala Plena se remite a ellas. Sin perjuicio de lo cual, expone otras complementarias (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU- 442 , 2016).

Un ejemplo de lo anterior, es la sentencia SL 59255 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia, en donde se aparta de la tesis de aplicación del principio de condición más beneficiosa hasta la norma inclusive más antigua, cuando el solicitante no cumple con los requisitos establecidos en la norma vigente, puesto que, según esta Corte, viola no solo la seguridad jurídica, sino que ocasionaría un desequilibrio al sistema. En esta sentencia el demandante tenía una pérdida de capacidad laboral del 65.20%, enfermedad de origen común VIH-SIDA y fecha de estructuración del 29 de junio de 2006, 343 semanas cotizadas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. El actor solicitó la pensión de invalidez al ISS, la cual fue negada por no cumplir con lo establecido en la Ley 860 de 2003. En fallo de primera instancia le fue negado el derecho y en segunda instancia, el Tribunal negó así mismo el derecho por considerar que no podía aplicarse la condición más beneficiosa aplicando el acuerdo 049 de 1990, toda vez que su condición de “inválido” se causó en vigencia de la Ley 860 de 2003 y no podía darse una aplicación ilimitada a dicho principio.

En dicha Sentencia la Corte precisó:

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 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL- 59255 , 2018).

Por tal razón, al no acreditar el demandante las 50 semanas requeridas por la Ley 860 de 2003, la Corte analizó si cumplía con las 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se estructuró su invalidez, según los requisitos de la ley 100 de 1993, en el concluyó que tampoco acreditaba dicho requisito, por lo tanto, la Corte negó el derecho y no casó la sentencia.

Esta misma decisión ha sido reiterativa en diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, como son las sentencias CSJ SL, del 28 de mayo de 2018, Radicado 30064 y la sentencia CSJ SL3273-2018.

El siguiente cuadro ilustra las diferentes posiciones que ha tenido ambas Cortes en relación al principio de condición más beneficiosa.

Tabla 2. Diferentes posiciones que ha tenido ambas Cortes en relación al principio de condición más beneficiosa.

CORTE CONSTITUCIONAL	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
<p>-Sostiene que no solo la norma pensional vigente (Ley 860 de 2003) o la inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993), sino incluso las antecesoras a esta última (Decreto 758 de 1990), puede aplicarse a una solicitud de pensión de invalidez, en la medida en que la persona haya cumplido con la densidad de semanas de cotización previstas en este último, antes de expirar su periodo de vigencia. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-442 ,2016).</p> <p>-La condición más beneficiosa, una vez una persona contrae una expectativa legítima en vigencia de un esquema normativo alcanza entonces un derecho a</p>	<p>-Limita el alcance de la condición más beneficiosa, de tal suerte que en virtud suya solo podría aplicarse la norma inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez. (Sentencia SL 4650 de 2017).</p> <p>-Señala que la disposición legal llamada a gobernar la definición de la pensión de invalidez, será la que se encuentre en vigor para la fecha de estructuración del estado del afiliado, ya que el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que las normas del trabajo y la seguridad social tienen efecto general inmediato y no tienen</p>

que le sea protegida. Este derecho es además de raigambre constitucional, y por serlo ampara a la persona frente a una pérdida de su fuerza de trabajo o capacidad laboral. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU- 442 ,2016)

-El derecho a la seguridad social por tratarse de un derecho social fundamental, prohíbe la regresividad que incrementa la carga de argumentación judicial para retroceder en el alcance de protección alcanzado. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU- 442 ,2016)

-La ultractividad de una norma más allá de la vigencia de la disposición que la deroga, no resulta por sí misma contraria al principio de legalidad, tal como este debe aplicarse a determinados ámbitos del ordenamiento. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU- 442 ,2016)

-Quienes bajo un esquema normativo cumplieron a cabalidad el requisito de densidad de cotizaciones han observado también su deber de solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95), aportando un monto relevante de semanas al sistema, que se consideraba suficiente en su momento para financiar su propia pensión. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU- 442 ,2016).

-El principio de condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU- 442 ,2016).

-Se acoge al principio de condición más beneficiosa acudiendo al principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. (Sentencia CSJ SP 8260 de 2018)

consecuencias retroactivas sobre situaciones ya definidas. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL- 59255 , 2018)

-Indica 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. . (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL- 59255 , 2018).

Nota. Fuente: elaboración propia.

Al hacer un análisis de las sentencias, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, en relación con el principio de condición más beneficiosa y de la capacidad residual, se puede apreciar un panorama muy positivo en relación con el papel garantista que han tenido las altas Cortes en Colombia, en la mayoría de los casos. Hay que tener claro, que los códigos están determinados para la regulación de las conductas humanas en sociedad, sin embargo, cada una de estas normas que integran los códigos, no trae consigo una aplicación específica para un caso concreto, no obstante, estas normas creadas por el legislador no cubren el total actuar de la sociedad, sino que es deber del operador jurídico interpretar la normas para darle aplicación al caso concreto.

Es posible que el juez se encuentre con lagunas en diversos casos, y es obligación de éste, establecer la identidad de la norma, es decir, para qué fue creada y qué bienes jurídicos trata de proteger dicha norma, con el fin de no ir en contravía de los derechos fundamentales de las personas, que en últimas es lo que toda norma positivizada trata de proteger. De esta manera, en el tema ya analizado, se puede concluir que las altas cortes, en especial la Corte Constitucional se ha venido acercado más a un realismo jurídico, en donde prima la realidad social ante la ley escrita. Por tanto, la ratio decidendi de sentencias ya analizadas, tienen fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, lo cual permite que las personas con enfermedades crónicas, degenerativas y congénitas se aproximen aún más por vía judicial al reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el ya tratado principio de condición más beneficiosa.

Conclusiones

- A las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, se les ha dado un amplio reconocimiento de sus derechos, no solo en las normas internacionales, sino también a nivel legal, jurisprudencial y constitucional, garantizando la protección de sus derechos fundamentales y permitiendo que estas personas por sus condiciones especiales, tengan un trato discriminatorio positivo, con respecto a los demás individuos que conforman el Estado Social de Derecho.

- El principio de condición más beneficiosa, garantiza a las personas que en vigencia de un régimen pensional se hayan forjado una expectativa legítima, acceder al reconocimiento prestacional en vigencia de la normatividad anterior, permitiendo de esta manera dar aplicación al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991 y evitando que una norma posterior sea más gravosa. Dicho principio ha sido aplicado en la mayoría de los casos vía acción de tutela, los demás han sido vía judicial ya que algunos jueces se alejan del precedente judicial.
- La capacidad laboral residual, consiste en la facultad que tiene el afiliado para laborar y satisfacer sus necesidades básicas, a pesar de su limitación física, permitiéndole que le sean tenidas en cuenta las semanas de cotización, que en virtud de esta labor se hayan generado.
- La capacidad residual le ha permitido a las personas con enfermedades congénitas de nacimiento, poder hacer efectivo sus derechos de acceder a una pensión digna.
- En relación a la capacidad residual es importante evitar que se defraude al sistema por parte del solicitante, como también que, los Fondos de Pensiones no puedan generar enriquecimiento sin causa, en los casos en que se pueda hacer efectivo el acceso a la prestación a través de la misma.
- La fecha de estructuración de las personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, ha establecido la Corte Constitucional que ésta debe determinarse, desde el momento en que la persona solicitó la prestación, desde la fecha de la calificación o desde la última cotización efectuada al sistema. A partir de estos momentos es que el Fondo de Pensiones debe contabilizar las semanas, en aras de reconocer la pensión de invalidez.

- Según la sentencia T-483 de 2014 en los casos donde se deba establecer la fecha de estructuración de la invalidez a una persona que sufra una enfermedad congénita y la misma no le haya impedido ejercer una actividad laboral remunerada durante ciertos periodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de la capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en forma definitiva y permanente, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva.
- Es posible acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez cuando se padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, en aplicación del principio de condición más beneficiosa y teniendo en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, cuando se acredite que las mismas se efectuaron bajo la denominada capacidad laboral residual y que no se tenía ánimo de defraudar al sistema.
- La Corte Constitucional permite aplicar el principio de condición más beneficiosa en la tesis más amplia, es decir, es permisiva en el sentido de aplicar hasta la norma más antigua en el reconocimiento de la pensión de invalidez.
- La Corte Suprema de Justicia ha establecido que el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la aplicación inmediata de la norma en materia laboral, por lo que no es posible aplicar una norma de manera retroactiva frente a una situación ya definidas conforme a una ley anterior. Por lo tanto, dicha Corte se mantiene en posición de aplicar la norma anterior.

Lista de referencias

Botero, A. (2018). Análisis de las diferencias en la calificación por pérdida de capacidad laboral, desde una perspectiva jurídica.

Constitución Política de Colombia. (1991, art.13). Obtenido de <http://www.constitucioncolombia.com/indice.php>

- Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-177 de 2005*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-177-05.htm>
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-671 de 2011*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-671-11.htm>
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-483 de 2014*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-483-14.htm>
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-752 de 2014*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-752-14.htm>
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-757 de 2014*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-757-14.htm>
- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia SU-442* . Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU442-16.htm>
- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia SU-588 de 2016*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU588-16.htm>
- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia T-111 de 2016*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-111-16.htm>
- Corte Constitucional. (2017). *Sentencia SL4650*. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/may2017/SL4650-2017.pdf>
- Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T- 496 de 2017*. Obtenido de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-496-17.htm>
- Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T-228 de 2017*. Obtenido de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-228-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Obtenido de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-086-18.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sala Novena de Revisión*. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-477-18.htm>
- Corte Suprema de Justicia. (2006). *Sentencia 24812 de 2006*. Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/csj_scl_24812_2006.htm

Corte Suprema de Justicia. (2008). *Sentencia 30528 de febrero 5 de 2008*. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_96361cd4196e477ba9c03aa09ff9dc9e

Corte Suprema de Justicia. (2017). *Sentencia SL 4650 de 2017*. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/may2017/SL4650-2017.pdf>

Corte Suprema de Justicia. (2017). *Sentencia SL2358-2017*. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/may2017/SL2358-2017.pdf>

Corte Suprema de Justicia. (2018). *Sentencia SL 59255 de 2018*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=89564>

Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. (1971,pag.1). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/DECLARACION%20DE%20LOS%20DERECHOS%20DEL%20RETRASADO%20MENTAL.php>

Departamento de Derecho Internacional OEA. (1999, art.3). *OAS*. Obtenido de <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/a-65.html>

Histórico Presidencia. (1990). Obtenido de <http://historico.presidencia.gov.co>

Instituto Nacional del Cáncer. (2019). *CANCER*. Obtenido de <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/enfermedad-degenerativa>

Ministerio del Trabajo. (2014). *Decreto 1507 de 2014*. Obtenido de <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/Manual+Unico+de+Calificaciones+Decreto.pdf/7d224908-ef78-1b90-0255-f62a3e409e4c>

Organización Internacional del Trabajo. (1983, art.1, art.5). *Ilo*. Obtenido de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,es,C159,/Document

Organización Mundial de la Salud WHO. (2019). Obtenido de https://www.who.int/topics/chronic_diseases/es/

Secretaria Senado. (2003). *Ley 797 de 2003*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

Secretaria Senado. (2003). *Ley 860 de 2003*. Obtenido de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0860_2003.html

Senado, S. (1993). *Secretaría Senado*. Obtenido de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Senado, S. (2002). *Secretaría Senado*. Obtenido de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0776_2002.html