



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

FERNANDO CASTILLO CADENA
JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN
Magistrados ponentes

SL2358-2017
Radicación n.º 44596
Acta 02

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2009, por la Sala Tercera Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en el proceso ordinario adelantado por **RUBIEL RAÚL REYES ROSSI**, contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En atención al memorial de folios 38 y 39 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales, en liquidación, a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, de conformidad con lo previsto en el Art. 35 del Decreto Reglamentario 2013 de 2012, en armonía con el Art. 60 del

CPC, aplicable a los procesos laborales y de la seguridad social, por expresa remisión del CPT y SS Art. 145.

I. ANTECEDENTES

La parte accionante demandó en proceso laboral al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, procurando que le sea reconocida y pagada la pensión de invalidez, a partir del 16 de noviembre de 2005, las mesadas adicionales, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, lo que resulte *extra y ultra petita*, más las costas del proceso.

Como sustento de sus peticiones, argumentó en resumen, que tiene 39 años de edad; que el 9 de junio de 2006 le fue dictaminado una pérdida de la capacidad laboral del 53.94%, con fecha de estructuración el 16 de noviembre de 2005; que mediante Resolución 6563 del 4 de junio de 2007, el I.S.S. le negó la pensión de invalidez porque si bien *«acreditó aportes por 112 semanas, solo treinta y nueve (39) fueron cotizadas en los 3 años inmediatamente anteriores al estado de invalidez»*; que se le debe reconocer la pensión de invalidez con fundamento en los artículos 38, 39 y 40 de la Ley 100 de 1993, con 26 semanas en el año inmediatamente anterior, *«norma que se muestra mas (sic) favorable al trabajador, en aras de del principio de favorabilidad y progresividad de las normas laborales que despliega la corte constitucional en las sentencias T. 221 DE 2006 y Sentencia T-043/07»*.

El Instituto convocado al proceso, al dar contestación a la demanda se opuso al éxito de las pretensiones

incoadas; frente a los supuestos fácticos, admitió que la pérdida de la capacidad laboral y su porcentaje y que le negó la pensión de invalidez. Propuso como excepciones las de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y la que denominó «GENÉRICAS O LAS QUE RESULTEN PROBADAS EN EL CURSO DEL PROCESO».

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Adjunto Segundo laboral del Circuito de Montería, puso fin a la primera instancia mediante sentencia calendada 24 de julio de 2009, en la que declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y, en consecuencia, absolvió al I.S.S. de las pretensiones incoadas en el escrito inaugural de la contienda. Sin costas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Tercera Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Montería, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el actor, con sentencia del 25 de noviembre de 2009, confirmó el fallo absolutorio de primer grado. No impuso costas.

El juzgador de segundo grado inicialmente explicó que para poder aplicar el principio de favorabilidad, a través de la condición más beneficiosa, deben estar vigentes las dos normas, *«situación que no se evidencia en el caso sub judice, toda vez que el Art. 39 en su contenido original, fue remplazado por el Art. 1° de la ley 860 de 2003, por lo tanto es evidente que dicho texto normativo ya no ésta vigente»*.

Enseguida adujo que al revisar la documental allegada se tiene que *«el accionante se le estructuró la pérdida de la capacidad laboral el 16 de noviembre de 2006, en un porcentaje de 53.94% (folio 11 C.pal) lo cual primera facie lo haría merecedor de una pensión de invalidez, previo cumplimiento de los requisitos en la normatividad vigente al momento de la fecha de estructuración. La ley vigente al momento de la pérdida de la capacidad laboral es la 860 de 2003 que modificó el contenido (sic) original del artículo 39 de la ley 100/93».*

Tras copiar dicha disposición sostuvo que, como la invalidez del accionante tuvo su origen en una enfermedad de tipo común, los requisitos establecidos para acceder a la pensión de acuerdo a lo normado por el artículo transcrito, *«sería: primero haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración, y el segundo requisito (...) se refiere el 20% de fidelidad para con el sistema desde el momento en que cumplió 20 años y la fecha de la primera calificación».*

Puesta la mirada en la historia laboral obrante a folio 18-20 anotó que *«el demandante tiene treinta y siete (37) semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es entre 16 de noviembre de 2003 y el 16 de noviembre de 2005. En vista de lo anterior el a-quo considero que la actor no cumplía los requisitos establecidos, luego entonces no tenía (sic) derecho al a (sic) reconocimiento de la pensión de invalidez deprecada; situación con la cual, como ya se manifestó no esta (sic) de acuerdo el accionante toda vez que dicha norma contraría los principios de progresividad en materia de seguridad social».*

Refiriéndose al principio de progresividad de los derechos sociales, sostuvo que *«obliga al Estado a avanzar en la*

materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población; su consagración en nuestro ordenamiento no sólo deviene del reconocimiento expreso que el constituyente estableció en la Carta Política sino también de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados por el Estado colombiano, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador, a la luz de los cuales la Corte ha sostenido que este principio "parece sugerir que el único deber jurídico que impone a los Estados es el de no deshacer de manera injustificada el eventual desarrollo legislativo que haya sido ofrecido; lo cual se opondría al reconocimiento de un contenido intrínseco de estos derechos"».

Añade que la materialización del principio de progresividad a la luz de la jurisprudencia constitucional, genera una prohibición general de establecer medidas regresivas que «desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de la población, es decir, existe en el ejercicio del poder legislativo, cuando de seguridad social se trate, una prohibición que no le permite desmejorar los beneficios ya existentes a favor de los asociados, debiendo velar por el establecimiento de estos». En apoyo de su aserción copió pasajes de sentencia C-038 de 2004 de la Corte Constitucional.

Paso seguido transcribió apartes del fallo C-428 de 2009 proferido por la Corte Constitucional y concluyó:

Primero: no se puede en virtud del principio de progresividad, aplicar lo dispuesto el texto original del Art. 36 de la ley 100/93, toda vez que a prima facie se note mucho mas (sic) ventajoso para el accionante su contenido primigenio, pues la H. Corte Constitucional ha sostenido que a pesar de haberse ampliado el número de semanas requeridas para obtener la pensión de invalidez, de 26 a 50 semanas cotizadas también es cierto que se amplió el tiempo en que el trabajador debe demostrar la

acumulación de dichas semanas de 1 año a 3 años, lo cual favorece a ciertos sectores de la población entre los cuales se encuentran aquellos que no poseían un empleo permanente.

Segundo: no es aplicable el principio de favorabilidad a través de la condición más beneficiosa en el caso concreto, toda vez que no están en contradicción dos normas vigentes, pues como ya se explicó el contenido primario del Art. 36 fue reemplazado por el Art. 1o de la ley 860 de 2003, la cual está en plena vigencia.

Tercero: en el sub judice la fecha de estructuración de invalidez data del 16 de noviembre de 2005, lo que quiere decir que la ley vigente, y aplicable al caso es la ley 860 de 2003 en su artículo 1o, y bajo los parámetros de dicha norma es claro que el accionante no cumple con los requisitos para acceder a esta pensión.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la parte demandante, fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, el cual se procederá a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pide que se case totalmente la sentencia gravada, para que en sede de instancia revoque la de primer grado y, en su lugar, acoja los pedimentos del libelo genitor.

VI. CARGO ÚNICO

Denuncia la sentencia recurrida de ser violatoria, por vía directa, en la modalidad de aplicación indebida, de los artículos 1° de a la ley 860 de 2003, por infracción directa de los artículos 38, 39, 40 y 41 de la Ley 100 de 1993 y por interpretación errónea «del artículo 53 de la Constitución Política en relación con los artículos 48 y 53 de la C.N. (sic)».

En el desarrollo del cargo asegura que el sentenciador de segundo grado en aplicación del principio de progresividad, i) inaplicó el artículo 36 original de la Ley 100 de 1993, porque adujo que *«a pesar de haberse ampliado el número de semanas, también se amplió el término para cotizarlas»*; ii) que no podía usar el principio de favorabilidad porque no hay dos normas en contradicción, y iii) que dada la fecha de estructuración de la invalidez, la ley aplicable es la 860 de 2003.

Pero que, de cara a los principios de la condición más beneficiosa y de progresividad que irradian el sistema de seguridad social, en eventos como el presente, se debe inaplicar esas disposiciones nuevas en tanto resultan más desventajosas para el afiliado y, por el contrario, se debe acoger el régimen anterior que indudablemente le es más favorable al afiliado.

Aduce que el principio de la condición más *«favorable»* según lo ha indicado la Corte, implica acudir al régimen antecedente, siempre que sea más favorable al afiliado que se encontraba en tránsito de adquirir una prestación del sistema y que por tanto, en el caso bajo examen *«recorrer a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, que regulaban la pensión por invalidez antes de la modificación introducida inicialmente por la Ley 797 de 2003 y luego por la Ley 860 de la misma anualidad (inaplicables estas dos últimas regulaciones), principio que se torna más sólido al armonizarlo con el de progresividad en materia de seguridad social»*.

Agrega que sin lugar a dudas no hay dos disposiciones en conflicto, sino que se trata de aplicar una legislación anterior en virtud de que la nueva violenta el principio de progresividad según la cual toda reforma debe ser cualitativamente mejor que la precedente y que *«en este caso, si bien se amplió el término para cotizar las 50 semanas, se hizo más gravoso el acceso a aquella (sic) personas de la tercera edad que además de cargar con el lastre de no conseguir empleo o trabajo digno (Art. 25 C.N.) debido a su senectud, el estado (sic) no les prodiga la atención que merecen los disminuidos físicos y sensoriales, imperativo que le impone el artículo 13 de la Carta Política»*.

Afirma que cuando el *ad quem* asume que la normativa que rige el asunto es la Ley 860 de 2003, la aplica indebidamente, porque siguiendo los citados principios, la misma no debe atenderse; además infringe directamente los artículos 39 de la Ley 100 de 1993 y 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990 que sí regulan el asunto debatido, como lo dijo esta Sala en la sentencia del 17 de junio de 2008 radicación 32681, de la que transcribe una fracción, y cuyos presupuestos son satisfechos por el actor, por cuanto supera el número mínimo de semanas exigidas para acceder al derecho pretendido.

Insiste en que no se puede atender un nuevo régimen que desmejore tan dramáticamente los requisitos para acceder a una determinada prestación, pues así se violentan los principios ya mencionados y se hace imposible que una persona acceda a la pensión de invalidez, a pesar de su condición de debilidad manifiesta, por la que el

Estado debería brindarle una especial protección como lo señala el artículo 13 de la Carta.

Recaba en que para el juez colectivo solo era posible establecer el cumplimiento de los requisitos establecidos en las disposiciones del sistema general de pensiones, sin atender que con esa actitud se contravienen las de orden constitucional incluido el artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2005, que excepciona expresamente las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Trae a colación apartes de las sentencias de radicación 28547 del 8 de abril de 2008, 16601 del 18 de abril de 2002 y 24280 del 5 de junio de 2005, y señala que no se entendería que ante supuestos iguales, la Sala le de tratamiento disímil; que por el contrario ha de sostener la línea jurisprudencial a efectos de no incurrir en la violación a los principios de igualdad ante la ley, seguridad social y de la seguridad jurídica, en desarrollo de los cuales se genera la confianza legítima.

Destaca que el demandante sí cumple a cabalidad los presupuestos fijados en los artículos 6 y 25 del acuerdo 049 de 1990 y por tanto, le asiste derecho a la pensión reclamada, esto es la de invalidez, pues incluso supera los requisitos para una de vejez.

Finaliza afirmando que si se aplicara el principio de progresividad como se expuso en la sentencia T – 287 de 2008, de la que replica algunos pasajes, se encontraría

fundamento para casar la sentencia recurrida, y confirmar la decisión de primer grado.

VII. RÉPLICA

Luego de manifestar su descontento por las posiciones que la Sala ha adoptado en otras providencias, la oposición señala que respecto del efecto general inmediato de las leyes de seguridad social, que son de orden público, como también las que regulan el trabajo humano, la Sala se ha pronunciado en varias sentencias de las que refiere 10, en las que indica *«esa sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, actuando como tribunal de casación, ha calificado de improcedente el haberle dado aplicación a la denominada “condición más beneficiosa” para hacer prevalecer la ley anterior sobre la ley en vigor. Por tal razón, mutatis mutandis, la jurisprudencia conforme a la cual las leyes sobre seguridad social son de orden público y tienen efecto general inmediato es totalmente aplicable al único hecho relevante debidamente probado en esta juicio: que el 16 de noviembre de 2005 se estructuró la invalidez de Rubiel Raúl Reyes Rossi, sin que se reunieran los requisitos que para obtener la pensión de invalidez exige el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que subrogó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993»*.

Indica que la Sala en razón a que las normas sobre seguridad social son de orden público y producen efecto general inmediato, deben aplicarse *«a las situaciones que no hayan sido definidas o consumadas conforme a normas anteriores, por apenas encontrarse en curso en el momento en que la nueva ley comienza a regir»*.

Agrega que el cargo alude a los artículos 13 y 25 constitucionales pero que estos consagran derechos

fundamentales que no guardan relación directa con el derecho a la seguridad social, cuyo sustento se halla en el artículo 48 *ibidem* que estipulan los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad a los que el Acto legislativo 01 de 2005 agregó el de sostenibilidad, a los cuales debe sujetarse el servicio público de seguridad social, que son los únicos a los que se debe acudir para interpretar las leyes.

Por último, señala que el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 no se puede comparar con el 1° de la Ley 860 de 2003, que no se encuentran vigentes los dos y que como la invalidez del actor se estructuró en vigencia de la última, son los requisitos que ésta prevé los que se deben exigir.

VIII. CONSIDERACIONES

Dado que el cargo se dirige por el sendero de puro derecho, no hay controversia alguna en torno a los siguientes supuestos fácticos: (i) que al actor el 9 de junio de 2006 le fue dictaminado una pérdida de la capacidad laboral del 53.94%, con fecha de estructuración el 16 de noviembre de 2005; (ii) que mediante Resolución 6563 del 4 de junio de 2007, el I.S.S. le negó la pensión de invalidez porque si bien *«acreditó aportes por 112 semanas, solo treinta y nueve (39) fueron cotizadas en los 3 años inmediatamente anteriores al estado de invalidez»*; (iii) que el demandante para el momento de la estructuración de la invalidez *era cotizante activo*; y (iv) que para el momento en que empezó a regir la Ley 860 de 2003, 29 de enero de 2003, *NO se encontraba cotizando*.

Como se recuerda la disconformidad del recurrente con el acto jurisdiccional controvertido gravita sobre tres ejes: a) que la Sala sentenciadora aplicó indebidamente el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, toda vez que de cara a los principios de la condición más beneficiosa y progresividad, dicha normativa no se puede acoger, al resultar más ventajosa o favorable para el afiliado demandante la disposición legal precedente que regula la pensión de invalidez, esto es, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993; b) que en consecuencia, en este asunto se presentó la infracción directa de dicho precepto, en su versión original, el cual regula verdaderamente el caso debatido, cuyos requisitos para acceder a la pensión deprecada se dan a satisfacción, por tener el actor más de 26 semanas aportadas al sistema; y c) que el Tribunal al no aplicar el principio de la condición más beneficiosa en este asunto, soportado en un antecedente jurisprudencial, incurrió en la interpretación errónea de la ley y de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

A. Algunas consideraciones necesarias

La condición más beneficiosa no puede ser estudiada insularmente toda vez que su efectividad se halla en la sucesión normativa, por ende, resulta de importancia, para una mayor comprensión, memorar tanto los efectos de la ley en el tiempo como las figuras de los derechos adquiridos, expectativas legítimas y meras expectativas.

1. Los efectos de la ley en el tiempo

1.1 Irretroactividad

La irretroactividad de la ley -salvo en materia penal-, es un principio universal, que en asuntos del trabajo y de la seguridad social tiene su fuente en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual las normas sobre trabajo, por ser de orden público, tienen efecto general inmediato y no retroactivo en cuanto no pueden afectar situaciones definidas o consumadas con arreglo a leyes anteriores (sentencia CSJ SL4105-2016 del 2 de mar. 2016, rad. 52908). Lo anterior por razones de seguridad y estabilidad jurídica.

En los eventos de la pensión de invalidez, la nueva ley no puede afectar la prestación cuando se estructuró en vigencia de una normatividad anterior, es decir, cuando el afiliado se invalidó, en vigencia plena de la norma derogada, y dejó las cotizaciones mínimas que esta exigía.

1.2 Retrospectividad

La aplicación de la nueva ley a situaciones que están en curso o que no han quedado definidas conforme a leyes anteriores, es lo que se conoce como la retrospectividad de la ley, derrotero que también marca el citado precepto- 16 CST- (*ibídem*).

La nueva ley se aplica de manera inmediata a los casos de los *afiliados* que aún no se han invalidado y que se encuentran cotizando.

1.3 Ultractividad

Es conocida como *«la posibilidad de subsistencia en el tiempo de los efectos de un precepto derogado en aquellos casos en que los derechos causados bajo su imperio sean reclamados posteriormente» (principio de supervivencia).*

Se evidencia la ultractividad, *entre otros eventos*, cuando el legislador crea un régimen de transición para proteger a determinado grupo poblacional, con el fin de proteger sus expectativas (legítimas) frente al derecho extinguido o a sus condiciones de acceso.

2. Progresividad

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, en concordancia plena con las normas de derecho internacional ratificadas por nuestro país, en especial el Pacto de San José y el Protocolo de San Salvador, los sistemas de derechos sociales, económicos y culturales deben ser progresivos. Implica de manera general, dando aplicación al postulado de universalidad, que cuando se logra una determinada cobertura del servicio público, esta no puede ser disminuida posteriormente. En lo individual, los requisitos de acceso a las prestaciones otorgadas por el servicio público, en principio, no pueden ser agravados por la acción estatal, pues tales per se materializan el nivel de protección social alcanzado. Toda imposición de requisitos más exigentes para el acceso a las prestaciones es sospechosa de regresividad y, por tanto, pero sólo en principio, inconstitucional. No es que los sistemas de

derechos sociales y económicos no puedan ser regresivos en un momento determinado, lo pueden ser; pero para que el Estado pueda contrariar el postulado de progresividad debe fundamentar su decisión en poderosas razones derivadas de cambios sociales o económicos que amenacen la viabilidad del sistema de derechos.

A la luz del principio de progresividad se entiende que una reforma beneficia a la generalidad de la población, tanto a nivel de cobertura como de protección individual, la aplicación de principios que permitan la aplicación retroactiva de la ley, se justifica en razones de favorabilidad, dada la presunción de progresividad, lo que en términos más simples, implica no expulsar a quienes, dada su situación concreta, ya están siendo protegidos.

Si en virtud de la urgencia de dar regresividad al sistema de derechos, se genera la medida regresiva y se justifica su real necesidad, aparece diamantino que la norma busca reducir la cobertura del servicio. Así, estas disposiciones son de aplicación inmediata y no se admite en forma alguna la posibilidad de aplicación ultractiva de los preceptos derogados más favorables, a través de principios. Se itera, la norma regresiva, para que sea constitucionalmente admisible, debe estar debidamente sustentada.

Ello, entre otras razones, justifica la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para las pensiones de invalidez y de sobrevivientes en el tránsito

legislativo a la Ley 100 de 1993, respecto de la normativa vigente inmediatamente anterior. En efecto, aparece que exigir un requisito de 26 semanas de cotización para el acceso a las prestaciones es más favorable para la mayoría de la población protegida; sin embargo, algunos que tenían una situación concreta con anterioridad podían verse desfavorecidos por la norma vigente: el principio emerge para brindar equidad natural al sistema y proteger al que ya se encontraba en el campo de protección de la seguridad social dada su situación concreta.

La Ley 797 de 2003 al ser sometida a escrutinio constitucional no fue tomada 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.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la aplicación de principios producto de los cambios normativos, en caso alguno pueden ser *in eternum*, pues existe un deber general, dada la obligatoriedad para el ciudadano de pertenecer al sistema, de cumplir con los programas de cotización establecidos en la ley vigente. Por tanto, trae como consecuencia que, en caso alguno, los postulados aplicables por un tránsito normativo tengan vocación de permanencia vitalicia, pues haría inane el cambio normativo.

3. Sobre los derechos adquiridos, expectativas de derecho o legítimas y meras expectativas

3.1. Derechos adquiridos

Se entiende que hay un derecho adquirido cuando una persona ha satisfecho la totalidad de los requisitos que establece la ley, es decir, es aquél que ha entrado en el patrimonio de aquella.

En el caso de la pensión de invalidez hablamos de derecho adquirido cuando se verifica, en el caso de un afiliado, la pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% y las semanas mínimas de cotización, previas a la invalidez, exigidas como requisito de acceso a la prestación en el sistema general de seguridad social en pensiones.

3.2. Expectativas legítimas

Esta Sala en fallo CSJ SL del 18 de agos. 1999, rad. 11818, explicó que la expectativa de derecho comprende los derechos condicionales y los eventuales, que por su especial naturaleza confieren al futuro titular (de cumplirse la condición suspensiva, en los primeros, o completarse los elementos faltantes, en los segundos) posibilidades jurídicas de administración, conservación y disposición (artículos 575, 1215 y 1547 a 1549 del Código Civil).

Aclaró que, en tratándose de pensiones, integrados los requisitos necesarios para la consolidación del derecho en cabeza de su titular, nace la obligación de pagar la mesada que la ley impone, conforme a los parámetros en ella

señalados, y el derecho correlativo de quien adquiere la prestación. Antes no, porque mientras el derecho eventual se perfeccionaba hay apenas una expectativa de derecho, o mejor, un derecho en perspectiva, esto es, en vías de adquirirse; pero, nunca, un derecho adquirido.

Siguiendo este derrotero, y para el presente caso, habría expectativa legítima cuando el afiliado ha cotizado las semanas mínimas que exige la ley para cubrir la contingencia, pero aún no ha ocurrido la invalidez.

3.3 Meras expectativas

Las meras expectativas no constituyen derecho en contra de la ley nueva que las anule o cercene (artículo 17 de la ley 153 de 1887).

Con las meras expectativas, en verdad, no se tiene nada, ninguno de los requisitos legales.

4. Sobre la norma aplicable en los eventos del reconocimiento de las pensiones de invalidez

Esta Corte de vieja data ha sostenido que la primera investigación, que debe hacer el juez al dictar el acto jurisdiccional, consiste en la selección de la norma aplicable, o sea determinar, la existencia y validez de esta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la disposición jurídica.

En ese horizonte, es criterio reiterado de esta Corporación que la *regla general* es la de que la contingencia está cobijada por la norma de seguridad social de la prestación pensional correspondiente vigente al momento de su ocurrencia, esto es, para la pensión de invalidez, la que está en vigor a la calenda de la invalidez del afiliado. Es claro que, además de ampararse el instituto jurídico del derecho adquirido, esta premisa respeta tanto el amplio margen de configuración que tiene sobre el sistema el Congreso de la República como las razones de necesidad, oportunidad y equidad que motivan la necesidad de un cambio legislativo.

Para atenuar de alguna manera los efectos de un cambio abrupto en las reglas de juego, dada una reforma legal, se estila en las leyes sociales implementar regímenes de transición. Dado que los cambios legislativos en materia de derecho social, que obedecen a la necesidad de ajustar los parámetros de acceso y en algunas ocasiones de reevaluar el alcance de los elementos esenciales del derecho en respuesta a los cambios económicos, sociales y aún culturales, establecen requisitos más exigentes de acceso a las prestaciones, la justificación de establecer un régimen de transición aparece lógico para lograr un tránsito armónico y pacífico que minimice las consecuencias que pudieran resultar tanto en la población que tenía una expectativa legítima, frente al acceso al derecho, como en el proveedor del derecho, en éste caso el Estado, por ejemplo en su necesidad de hacer sostenible financiera y económicamente el sistema de derechos prestacionales.

No obstante lo anterior, en algunas ocasiones escapan al legislador ciertas consecuencias indeseables, por injustas e inequitativas, derivadas del tránsito legislativo, que ameritan, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, la aplicación de los principios con venero en el orden jurídico, como el de la condición más beneficiosa, para resolver el problema social que se ocasiona por la implementación del nuevo ordenamiento.

Hechas las anteriores precisiones la Sala procede a estudiar el principio de la condición más beneficiosa.

B. En torno a los elementos característicos del principio de la condición más beneficiosa

Esta Corporación ha estimado que el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

- a) Es una excepción al principio de la retrospectividad.
- b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo.
- c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.
- d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva.

- e) Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen *una situación jurídica y fáctica concreta*, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada.
- f) Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

Expliquemos cada uno de ellos:

1. Excepción a la retrospectividad de la ley

La condición más beneficiosa, a no dudarlo, se entiende como un mecanismo que permite atenuar la rigurosidad del principio de la aplicación general e inmediata de la ley, pues permite que la disposición derogada permanezca vigente en presencia de una situación concreta, materializada en una expectativa legítima conforme a la ley anterior.

2. Opera en sucesión o tránsito legislativo

La pregunta relevante es ¿qué se entiende por tránsito legislativo? El tránsito legislativo es un momento único, que se da, en forma simple cuando se sanciona y promulga una nueva ley.

Los efectos del tránsito legislativo, como ya se dijo, por regla general son inmediatos. Existen, desde luego, excepciones, como la que rigen para los impuestos anuales, caso en el cual las normas tributarias, por ejemplo sobre impuesto de renta, rigen a partir del siguiente año fiscal; o las que protegen derechos adquiridos que no se pueden violar en virtud del artículo 58 de la Constitución Política. (Aunque puede obrar la expropiación).

En el caso de derechos sociales, el tránsito legislativo lleva a prever en la norma reformativa, la protección a los derechos adquiridos y, en algunas ocasiones, regímenes de transición; en otras no: por ejemplo, la Ley 797 de 2003 que reformó la manera de determinar el monto y cuantía de la pensión de vejez para los afiliados al régimen de prima media no estableció régimen de transición alguno para salvaguardar estos aspectos.

Los derechos adquiridos y los regímenes de transición, plenos o parciales, otorgan protección temporal, total o parcial a los ciudadanos. En materia del derecho adquirido el amparo es vitalicio o pleno; en el caso de los regímenes de transición es temporal, pero puede ser pleno o parcial. En el evento de la Ley 33 de 1985 la garantía fue plena para quienes tenían 20 años de servicios, pues se les aplica en su integridad el régimen anterior; mientras que en la Ley 100 de 1993 la protección es parcial porque, para construir el derecho a la pensión, solo se toman los parámetros de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto del régimen anterior.

Entonces, es el legislador el que define qué protección concede y el lapso por el cual la otorga. Si no fija consecuencias temporales mediante medidas de protección, debe estarse, en principio, a la aplicación inmediata de la ley.

3. Aplicación de la normatividad inmediatamente precedente

No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido –a su vez- a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle una especie de efectos *«plusultractivos»*, que resquebraja el valor de la seguridad jurídica (sentencia CSJ SL, del 9 de dic. 2008, rad. 32642).

4. A falta de régimen de transición

Los regímenes de transición, por regla general, sólo protegen expectativas legítimas, es decir, se centran en la protección de aquellos grupos de población cercanos al cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación.

En la misma dirección la Corte Constitucional en fallo C-663/07, recalcó que los regímenes de transición, a) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; b) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior; c) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición; y d) es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a consolidarse bajo el régimen previo.

Conviene precisar que, en relación con las pensiones de invalidez y sobrevivientes, no ha existido un régimen de transición en nuestra historia legal. Ello no ha sido óbice para que el operador jurídico busque principios de favorabilidad a través, por ejemplo, de la definición de derecho adquirido recayendo en la fecha de estructuración, buscando normas de acceso más favorables que las que rigen al momento de la declaratoria.

La pregunta que surge es ¿por qué si han existido normas de protección para las pensiones de jubilación o vejez, a través de regímenes de transición, no han existido normas de protección para la invalidez y la muerte? Un principio de respuesta puede darse si se tiene en cuenta que la vejez, durante la vida laboral del individuo, es un hecho relativamente cierto mientras que, por ejemplo, la invalidez es relativamente incierto y poco probable. Dicho en otras palabras, el régimen de transición en las pensiones de vejez se da porque es viable considerar la mayor o menor aproximación a la edad y al total de cotizaciones exigidas bajo un régimen, para determinar el grupo de la población que eventualmente puede acceder a esa prestación (por el transcurso del tiempo – hecho determinable -, ya para completar cierta edad o para sumar un período de cotizaciones); mientras que en la de invalidez, por ejemplo, obedece a contingencias improbables de predecir y, por ende, no regulables por un régimen de transición (sentencia CSJ SL de 5 de jul. 2005, rad. 24.280).

De manera que, por regla general, en presencia de regímenes de transición, la condición más beneficiosa no puede aplicarse pues haría nugatorios todos los objetivos económicos y sociales que con una reforma pretenden lograrse y, desde el umbral, debe aplicarse en torno a normas de impacto mediato.

5. El destinatario posee una situación jurídica concreta- expectativa legítima-

En pensiones de siniestro, como las de invalidez y sobrevivientes, no es fácil establecer qué es una situación jurídica concreta. Empero, se ha entendido por la Jurisprudencia que la situación es concreta si se cumple en estos casos con la densidad de semanas de cotización, dentro del plazo estrictamente exigido por la normatividad aplicable

Así, por ejemplo en el régimen de los seguros sociales obligatorios, la situación es concreta si el afiliado cotizó 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, dado que la norma exigía ese número de semanas de cotización en todo el tiempo.

Con la vigencia de la Ley 100 de 1993, en parte puede existir una definición de situación concreta a estos efectos, dado que la norma precisa tal situación dependiendo de la cotización efectiva.

6. Respeto a la confianza legítima

El objeto primordial de la confianza legítima es amparar una *«expectativa legítima»*, entendida ésta, se itera, como aquella situación jurídica o material concretada en favor de un particular. No se trata, como lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional de que el administrado tenga un derecho adquirido *«sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada*

situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración». (Sentencia CC del 28 abr. 2011, rad.T-308-2011).

También se ha entendido como la expectativa que la Corte ha generado en los justiciables, sobre la procedencia del principio de la condición más beneficiosa en caso de sucesión inmediata de normas que regulan las prestaciones pensionales de invalidez y sobrevivientes, y que le impone actuar con coherencia y congruencia en asuntos donde se debaten similares situaciones a las cobijadas por éste, sin menoscabo de su facultad de variar la postura asumida de encontrar tal necesidad conforme a nuevos criterios (sentencia CSJ STL9394-2015, del 15 de jul. 2015, rad. 40552).

C. Sobre la declaratoria de exequibilidad del requisito de 50 semanas en los tres años anteriores a la invalidez

Descritas las anteriores características, se impone necesario, para la comprensión de la aplicación de la condición más beneficiosa, recordar que la Corte Constitucional, en sentencia C-428/09, declaró exequible el requisito de acceso a la pensión consistente en haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al momento de la invalidez (artículo 1° de la Ley 860 de 2003).

El Tribunal constitucional, entre otros aspectos, destacó que:

a) No implica una regresión en materia de exigibilidad de la prestación, 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.

b) El aumento -de uno a tres años- favoreció enormemente a sectores de la población que carecen de un empleo permanente.

c) Este aspecto es especialmente relevante si se tiene en cuenta la evidente inestabilidad del mercado laboral colombiano en el que tan sólo el 39% de las personas afiliadas al sistema pensional paga su cotización en un mes dado. Lo anterior implica que la medida, a pesar de hacer más gravoso el requisito de semanas mínimas de cotización, *prima facie*, en realidad está permitiendo a ciertos grupos poblacionales el acceso a una prestación que anteriormente les estaba vedada: les exigía cotizar el 50% del tiempo trabajado en el año inmediatamente anterior al momento de la estructuración de la invalidez en caso de que no se encontraran cotizando, dejando de lado situaciones como la informalidad o el desempleo que tanto afectan a la población. En el actual régimen, el porcentaje exigido es variable y en promedio se ubica en el 33% de la carga de cotización, es decir, que supone cotizar en promedio 16.6 semanas en cada año durante los últimos 3 años, siendo antes que regresiva,

favorable a los intereses de muchos cotizantes, sobre todo a los trabajadores que no poseen un empleo permanente.

d) Esta circunstancia conduce a señalar que el supuesto carácter inequívocamente regresivo de la medida no es cierto, y que, por el contrario, se puede derivar de su aplicación una progresión en el acceso a la pensión de invalidez al reducirse la densidad requerida para que sea concedida.

e) El legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas, conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual faculta al legislador para darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

f) Queda contradicho el carácter inequívocamente regresivo de la disposición, pues no se puede generalizar la presunta afectación a toda la población.

D. Temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las leyes 100 de 1993 y 860 de 2003

Como se recuerda la condición más beneficiosa es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas

mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal.

Sin perder de vista lo precedente, y una vez analizada la exposición de motivos de las Leyes 797 y 860 de 2003, brota espontánea una primera conclusión: el legislador jamás pretendió perpetuar las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de invalidez, y si bien con la condición más beneficiosa debe respetarse o mejor resguardarse los hechos denominados por la doctrina foránea «*intertemporales*» que se generan con personas que tienen una situación jurídica concreta, ello no puede llevar a mantener, *per secula seculorum*, la protección de «*“derechos” que no son derechos*», en contra posición de la nueva ley que ha sido proferida honrando la Constitución Política.

De suerte que, a falta de normatividad expresa, el principio de la condición más beneficiosa emerge como un puente de *amparo* construido *temporalmente* para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, aquellas personas que, itérese, tienen una situación jurídica concreta, con el único objetivo de que, en la medida que lo recorren, paulatinamente vayan construyendo los «*niveles*» de cotización que la normativa actual exige.

Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «*zona de paso*» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de *tres años*, tiempo este que la

nueva normativa (Ley 860 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización-50- y una vez verificada la contingencia invalidez de origen común puedan acceder a la prestación correspondiente.

Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «derechos en curso de adquisición», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición», cual es, la invalidez.

Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 860 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 26 de diciembre de 2006, *exclusivamente para las personas con una expectativa legítima*. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la invalidez, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (26 de diciembre de 2003 – 26 de diciembre de 2006), el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa

para las personas con *expectativa legítima*, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

Es inocultable que si las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados.

Con tal óptica, es de verse que si los regímenes de transición tienen duración limitada y cuantificable en el tiempo, y que, para algún sector, es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración «*porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas*», caben las siguientes preguntas ¿cómo entender que el principio de la condición más beneficiosa sí permanezca en vigor sin límite alguno en el tiempo? Si un régimen de transición no es permanente, ¿bajo qué argumento puede sostenerse que el uso de la condición más beneficiosa sí lo sea? si precisamente, como se explicó, los derechos adquiridos son diferentes a las expectativas legítimas. No hay argumentos que, *prima facie*, lo justifique.

No se pierda de vista que ha transcurrido más de 13 años desde cuando acaeció el cambio normativo, 26 de diciembre de 2003, es decir, lapso de tiempo que incluso superó el término del régimen de transición dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, para las pensiones por vejez. Por tanto ¿se justifica mantener con vida lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, más allá del tercer año de vigencia de la Ley 860 de 2003, so pretexto de emplear la condición más beneficiosa, cuando, se repite esta ley dispuso un margen de tres años para satisfacer la densidad de semanas de cotización?

De suyo, también se cumple con lo asentado por la Sala respecto a la deliberada voluntad del legislador en la reforma introducida al sistema pensional con la Ley 860 de 2003, que propende por asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo.

Desde la perspectiva anterior, si la condición más beneficiosa tiene cabida por vía de excepción y su aplicación es restrictiva, no es dable emplearla con un carácter indefinido. Tampoco es factible, en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, alterar la normativa que se ha de aplicar en virtud del principio examinado

Es inocultable que si las expectativas legítimas no pueden ser desechadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen

unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados.

Una reflexión insoslayable, la pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% es un supuesto ineludible de la causación del derecho a la pensión de invalidez, no es un requisito de exigibilidad. Ello explica que no basta satisfacer la densidad de cotizaciones en cualquier tiempo para entender consolidado el derecho, sino que los dos elementos deben acontecer dentro del ámbito temporal que establece la ley. Este planteamiento permite entender la justificación de la condición más beneficiosa y su permanencia efímera.

Hay que añadir, eso sí, que al ponderarse el principio de esta forma, también se evita cargarle al sistema general de pensiones obligaciones ilimitadas, que, sin hesitación alguna, no fueron previstas o incluidas en los análisis de sostenibilidad financiera al tiempo de crear la nueva disposición, justamente por la dificultad de hacerlo dada la naturaleza de la contingencia que se ampara.

Llegados a este punto del sendero, como resulta de útil e importante traer a colación el siguiente pasaje de la sentencia C-781 de 2003, proferida por la Corte Constitucional, que, en la misma dirección, señaló:

[Ello]no significa que la legislación deba permanecer petrificada indefinidamente y que no pueda sufrir cambios o alteraciones, y tampoco que toda modificación normativa per se desconozca derechos adquiridos, 'pues nadie tiene derecho a una cierta y

eterna reglamentación de sus derechos y obligaciones, ni aún en materia laboral en la cual la regla general, que participa de la definición general de este fenómeno jurídico, en principio hace aplicable la nueva ley a todo contrato en curso, aun si se tiene en cuenta aspectos pasados que aún no están consumados, y tiene por lo tanto efectos retrospectivos, de un lado, y pro futuro, del otro". (El texto original sin subrayado)

Asimismo, el margen establecido responde a la efectividad de los principios de solidaridad y equidad, habida cuenta de que con el cambio legal no se afecta repentinamente la expectativa legítima, dado que, insístase, se permite la continuidad temporal de las reglas derogadas, evitándose un paralelismo normativo, *ad aeternum*, no querido por el legislador.

Lo discurrido se explica de la siguiente manera:

El primigenio artículo 39 de la Ley 100 de 1993, dispuso:

Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

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.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.

Del anterior mandato se desprenden dos situaciones que dan acceso a la prestación:

-Afiliado que se encontraba cotizando al sistema al momento de la estructuración de la invalidez.

Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, es decir, en cualquier tiempo.

-Afiliado no se encontraba cotizando al sistema al momento de la estructuración de la invalidez.

Requisito de semanas: haber cotizado durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Nótese que a diferencia del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049, el legislador del 93 estableció como criterio de acceso el hecho de la cotización efectiva al sistema de la muerte o invalidez para estructurar el requisito de semanas de cotización. En efecto, mientras que la normativa anterior exigía haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo o 150 semanas dentro de los seis años anteriores al momento del siniestro, sin establecer el requisito de cotización al momento de la muerte o invalidez; en la legislación de 1993, el nivel de concentración de las semanas de cotización exigidas en un determinado lapso depende del hecho de la cotización efectiva al momento de la invalidez.

Teniendo en cuenta lo dicho, *¿Cómo se expresa la situación jurídica concreta en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003?*

1. Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

En este evento la situación jurídica concreta emerge si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, (i) estaba cotizando al sistema, y (ii) había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Ello por cuanto no solamente se da eficacia, sino que también se satisface con la densidad de semanas de cotización efectuadas dentro del plazo estrictamente exigido por el mandato abolido.

Cumple a ese propósito dejar en claro, empero, que si el asegurado estaba cotizando para el 26 de diciembre de 2003 y *no tenía en su haber* 26 semanas de cotización en cualquier tiempo, no es poseedor de una situación jurídica concreta y, en consecuencia, se le aplica con rigurosidad la Ley 860 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues repárese en que no tiene una expectativa legítima ni mucho menos un derecho adquirido. En resolución, para esa persona no hay condición más beneficiosa.

2. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

En esta hipótesis la situación jurídica concreta aflora si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, (i) no estaba cotizando al sistema,

(ii) pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 26 de diciembre de 2002 y 26 de diciembre de 2003.

Ello, toda vez que se cumple con la densidad de semanas de cotización, dentro del interregno estrictamente exigido por el precepto derogado.

Si el afiliado no estaba cotizando para el 26 de diciembre de 2003 y *no tenía* 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002, no tiene una situación jurídica concreta y, por ende, también se le aplica con todo el rigor la Ley 860 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues no posee una expectativa legítima y mucho menos un derecho adquirido. En conclusión, para esa persona tampoco hay condición más beneficiosa.

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.

E. Protección a los beneficiarios a través de la indemnización sustitutiva

Conviene enfatizar que si la pensión de invalidez no es reconocida por la falta de las semanas de cotización establecidas en la ley de seguridad social, o por la condición más beneficiosa, el sistema ha previsto unas prestaciones sucedáneas, cuales son, la indemnización sustitutiva o la devolución total de los aportes consignados en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Así, el afiliado no queda desamparado.

F. Otra protección

Tampoco hay que pasar por alto, otra trascendental protección consagrada en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, según la cual *«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»*.

G. Aplicar de esta manera la condición más beneficiosa no atenta contra el principio de proporcionalidad

Conforme al principio de proporcionalidad, *«el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas*

que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión» (sentencia CC, C-789-2002).

De cara a ello, se exhibe cristalino que la forma como se aplica la condición más beneficiosa no atenta contra el principio de la proporcionalidad, sino que, por el contrario, lo desarrolla en la medida que preserva hasta el 26 de diciembre de 2006, las prerrogativas de los afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido con las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable –Ley 100 de 1993- antes de entrar a regir la Ley 860 de 2003 sin que se haya dado la invalidez, componente este que debe constatarse, como ya se dijo, durante el mencionado periodo de tiempo.

H. Tampoco vulnera normas internacionales

Esta Corte en sentencia CSJ SL del 2 de sep. 2008, rad. 32765 explicó que según señalan los convenios internacionales que fundan la seguridad social, ésta debe entenderse como una economía del bienestar justa que comprenda a las generaciones presentes, pasadas y futuras. A manera de ilustración, el numeral 3° del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999 establece que «3. *Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las*

capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada».

De suerte que, al aplicar el postulado de la condición más beneficiosa únicamente durante el periodo de tiempo explicado, a no dudarlo, se satisface a cabalidad con los objetivos trazados en el numeral 3° del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999, pues, reitérese, que este no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga, de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la eficiencia, universalidad, integridad, participación, progresividad, solidaridad, sostenibilidad y responsabilidad financiera, así como la justicia redistributiva.

Igualmente, se cumple con lo dispuesto en el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT que advierte que *«En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación»* y, solo a título de referencia, también con la parte pertinente del Convenio 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, que dispone: *«Artículo 30. La legislación nacional deberá, bajo condiciones prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes».*

I. El principio de la condición más beneficiosa no es absoluto

Ya se ha dicho que la utilización de la condición más beneficiosa no debe entenderse como una etapa permanente de protección pues, como lo sostuvo esta Corporación en sentencia CSJ SL del 2 de sep. 2008, rad 32765, la obligación de progresividad bajo la cual el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto ni inflexible, debe estar sujeta a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema. El juicio de progresividad, comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a la anterior, no puede responder a una mera racionalidad del interés individual que se examina, sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social, debe atender la dimensión colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como de los que se deben ofrecer mañana.

En igual sentido la Sala en providencia CSJ SL del 9 de dic. 2008, rad. 32642, reiteró que este principio no puede erigirse en una regla absoluta, porque en un Estado constitucional no hay lugar a mandatos de ese género, pues en manera alguna debe conducir al anquilosamiento de la normatividad laboral.

J. La condición más beneficiosa y la teoría de la irreversibilidad

La aplicación de la condición más beneficiosa con el límite trazado, traduce que el sistema general de pensiones, específicamente en tratándose de la contingencia de invalidez, no es inmodificable, de modo que la aplicación de las normas de la Ley 100 de 1993, no instituye derecho irreversible, *«que se eternizan en el futuro como inamovibles»*.

K. La solidaridad del ciudadano en contribuir con la seguridad social

Se explicó que, en tratándose de la pensión de invalidez, no basta con que el afiliado aporte al sistema de seguridad social el número mínimo de las semanas para que se entienda satisfecho los requisitos para que los beneficiarios accedan a la prestación, sino que también es incontestable de que se verifique el hecho del estado de invalidez durante el periodo de protección y, si bien, en determinados y exceptuados casos, en el tránsito legislativo, se aplica la condición más beneficiosa, ello no implica que el ciudadano pueda abstenerse de continuar con su deber de cotización.

Resulta inevitable, frente a los cambios normativos, la utilización del principio constitucional de solidaridad social, como expresión de la prevalencia del interés general sobre el individual, lo cual permite el sacrificio del disfrute de un mejor estar de unos pocos miembros de la colectividad,

siempre que la sociedad, en general, alcance un beneficio agregado, con fundamento en la repartición de cargas consagrada en el artículo 95 de la Ley Fundamental de 1991 y que impone a todos los integrantes de la comunidad nacional responsabilidades, entre las que se enmarca, sin duda, el deber de contribuir al sostenimiento del sistema integral de la seguridad social, como lo pregona el artículo 1° de la Ley 100 de 1993 (sentencia CSJ SL, del 9 de dic. 2008, rad. 32642).

L. Nueva línea de pensamiento de la Corte

Las conclusiones asentadas constituyen la nueva doctrina de la Sala Laboral de la Corte sobre el principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003.

M. Caso concreto

Lo primero que hay que decir enfáticamente, es que el Tribunal atinó en torno a que por regla general, la norma aplicable es aquella que se encuentre vigente al momento de la estructuración de la invalidez. Toda vez que en el presente asunto, tal suceso ocurrió el 16 de noviembre de 2005, la disposición que, en principio, gobierna la situación pensional del promotor del proceso es el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el 39 de la Ley 100 de 1993.

Como en el asunto bajo examen, el demandante para la data en que empezó a regir la Ley 860 de 2003 (26 de

diciembre de 2003) *NO estaba cotizando* (folios 18 a 20), debemos ubicarnos en la segunda hipótesis analizada.

Revisemos, entonces, los supuestos para identificar si el accionante tiene derecho a que se les reconozca la pensión de invalidez en desarrollado del principio de la condición más beneficiosa:

1. Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando. De acuerdo con la historia laboral de folio 18 a 20, el demandante para dicha fecha NO estaba cotizando.

2. 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. Verificada la historia aparece sin cotizar semana alguna en este lapso.

Entonces, si el actor no estaba cotizando para el 26 de diciembre de 2003 y no tenía 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002, no tiene una situación jurídica concreta que le permita acceder a la pensión en aplicación de la condición más beneficiosa y, por ende, se le aplica con todo el rigor la Ley 860 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues no posee una expectativa legítima y mucho menos un derecho adquirido.

De manera que al actor no le es aplicable la condición más beneficiosa en los términos arriba señalados. Ahora bien, la norma que regula el asunto bajo examen es la Ley 860 de 2003; como salta a la vista que el actor no satisfizo el requisito de la densidad de semanas, 50 en los tres anteriores a la estructuración de la invalidez, es evidente que no tiene derecho a la pensión de invalidez.

Siendo coherentes con lo expuesto, el cargo no sale victorioso.

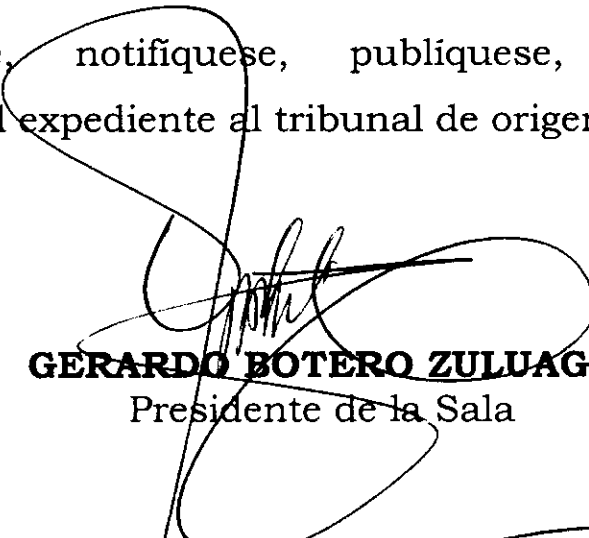
Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo de parte recurrente, por cuanto su acusación no salió avante y hubo réplica. Como agencias en derecho se fija la suma de \$3.500.000,00, que se incluirán en la liquidación con arreglo en lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2009, por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en el proceso ordinario adelantado por **RUBIEL RAÚL REYES ROSSI**, contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

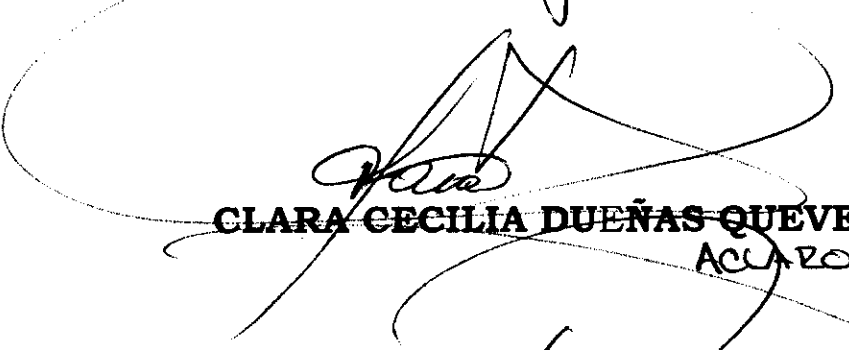
Costas como se indicó en la parte motiva de la sentencia.

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

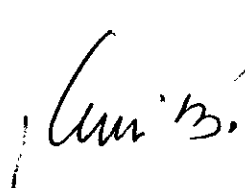

GERARDO BOTERO ZULUAGA
Presidente de la Sala


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

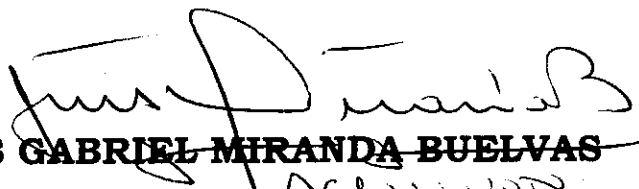

FERNANDO CASTILLO CADENA


CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

ACUZO VOTO


RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

ACUZO VOTO


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

ACUZO VOTO


JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL



Se deja constancia que en la fecha se fijo edicto

Bogotá, D.C. 29 MAR 2017 8:00 am

Secretario

SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL



Se deja constancia que en la fecha se desfija edicto

Bogotá, D.C. 29 MAR 2017 5:00 pm

DINORA DURAN NORIEGA
SECRETARIA

SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL



Se deja constancia que en la fecha y hora

se celebró, queda ejecutoriada la presente

sentencia 03 ABR. 2017 Hora: 5:00 pm
Bogotá, D.C.

Secretario



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado Ponente

Radicación n.º 44596

**RUBIEL RAÚL REYES ROSSI vs. INSTITUTO DE
SEGUROS SOCIALES.**

No obstante estar de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría en el asunto de la referencia de no casar el fallo del Tribunal, manteniendo así la decisión adoptada por el juzgador de confirmar la de primer grado para, de esa manera, dejar en firme la absolución del Instituto demandado, por no haberse acreditado por la parte actora las exigencias legales del derecho pensional reclamado, debo aclarar mi voto en lo que toca con la afirmación que se hiciera al margen de los razonamientos esenciales a la decisión, relativa a que el principio de la condición más beneficiosa también procede ante todo cambio de las disposiciones que sucesivamente gobiernan la prestación pensional, pues, en mi parecer, la llamada condición más

beneficiosa o condición '*ad personam*', sólo es dable predicarla en el tránsito de '*sistemas normativos*' pensionales y no simplemente en la sucesión de preceptivas específicas dentro de un mismo sistema de normas regulatorias de la misma contingencia, riesgo o derecho.

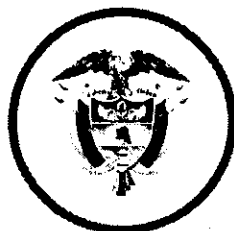
Tal entendimiento se explica sencillamente: la condición que se tiene por el cotizante de un particular sistema pensional es única, así las reglas específicas del sistema varíen de acuerdo a los criterios de necesidad, conveniencia o finalidad constitucional imperantes en un determinado momento histórico de su desarrollo, tal y como ha ocurrido con la sucesión de normas pensionales de las leyes 100 de 1993, 797 de 27 de enero y 860 de 26 de diciembre de 2003, en las cuales las segundas modificaron o reformaron las de la primera para el cumplimiento de políticas pensionales del mismo Sistema General de Seguridad Social Integral; en tanto que, el paso de un sistema normativo a otro impone entender que la condición de afiliado, cotizante o cualquiera otra denominación que se le pudiera dar, genera una '*nueva*' situación jurídica para éste, por ende, más o menos favorable o beneficiosa frente a la anterior. Esa es la razón para que, entre otras cosas, el legislador prevea mecanismos legales de articulación entre los distintos sistemas, como ocurre con las normativas de transición, y de que, en la actividad judicial se contemple la aplicación de principios a casos concretos como el de la condición más beneficiosa, esto es, el de que la norma anterior queda reservada para determinada o determinadas personas, y sólo para ellas, atendido el hecho de que en su

nueva condición su situación jurídica es menos beneficiosa que en aquélla.

En los términos antedichos es que creo se debe entender la aplicación del citado principio y no como en la aludida invocación se dejó consignado en el fallo.

Fecha ut supra.


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Rubiel Raúl Reyes Rossi

Demandado: ISS hoy Colpensiones

Radicación: 44596

Magistrado Ponente: Fernando Castillo Cadena

Como lo manifesté en la sesión en que se debatió el caso, aunque comparto la decisión de no casar el fallo de segunda instancia, a tal determinación arribo por argumentos diferentes a los consignados en la sentencia y, en esa medida, aclaro mi voto bajo las siguientes consideraciones:

En el presente asunto se debatió una pensión con fundamento en el estado de invalidez de origen común del demandante, estructurado el 16 de noviembre de 2005, y como se sabe, el Tribunal confirmó el fallo absolutorio de primer grado, para lo cual, en esencia, señaló que la norma que regía el asunto era la Ley 860 de 2003, por ser la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, cuyo requisito de semanas de cotización no acreditó el actor. Igualmente, resaltó la imposibilidad de dar aplicación a los principios de favorabilidad, progresividad y condición más beneficiosa.

Por tal razón, el recurrente a través de la vía directa, acusó al juez de segunda instancia de aplicar indebidamente el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, infringir directamente los

artículos 38, 39, 40 y 41 de la Ley 100 de 1993 e interpretar erróneamente el artículo 56 de la Constitución Política en relación con los artículos 48 y 53 *ibidem*.

Ahora, la Sala al resolver el cuestionamiento efectuado por el censor a la decisión del *ad quem*, realiza algunas consideraciones previas frente a los efectos de la ley en el tiempo, el principio de progresividad, los derechos adquiridos, las expectativas legítimas y las meras expectativas, para finalmente, ocuparse de la condición más beneficiosa.

Respecto de este último principio, luego de estudiar sus elementos característicos, se concluye en la sentencia que es aplicable en el tránsito entre la Ley 100 de 1993 y las leyes 797 de 2003 y 860 de 2003 -bajo las reglas que allí se exponen y que, a la postre, no acreditó el actor-; postura de la que, precisamente difiero, en tanto considero que estas normativas corresponden a una modificación legislativa producida al interior del sistema de pensiones, más no una reforma sustancial que implique cambios estructurales en el mismo y, en mi criterio, la condición más beneficiosa protege un núcleo esencial: las situaciones jurídicas o derechos individuales próximos a consolidarse frente a cambios en los *regímenes normativos* que puedan lesionarse de forma negativa.

Por lo anterior, estimo que el ámbito de acción del citado principio no cobija cualquier reforma o ajuste en la legislación laboral o de la seguridad social, sino cambios en los esquemas que las soportan.

De admitirse sin reservas la tesis según la cual, cualquier modificación o reforma legislativa, da lugar a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y la irreversibilidad de los estándares normativos, se paralizaría la puesta en marcha de importantes ajustes en las políticas laborales, sociales y económicas, con independencia de su justicia, oportunidad y conveniencia de cara al bienestar común. Por tal razón, aquel postulado está dirigido a garantizar, dentro de ciertos límites, la permanencia de determinados estatutos regulatorios ante cambios estructurales en la legislación, más no para impedir reformas o ajustes en las instituciones establecidas.

De allí que el legislador en aras de mitigar los efectos de los cambios en las estructuras normativas usualmente prevea regímenes de transición o de reserva de leyes anteriores, tal y como aconteció con la sustitución del régimen tradicional de cesantías por el de liquidación anual; con el cambio del régimen tarifario de liquidación de la indemnización de despido injusto, o con la entrada en la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en virtud del cual se introdujo un nuevo régimen de transición para las pensiones de vejez. O que frente al silencio legislativo, esta Sala haya entrado a garantizar la vigencia de este principio en el cambio de régimen de seguridad social que inició con la citada ley y en virtud del cual se pusieron en riesgo los derechos fundamentales de muchos afiliados y beneficiarios del sistema.

Sin embargo, estimo que en tratándose de las leyes 797 de 2003 y 860 de 2003 no se puede decir lo mismo ni su impacto puede equipararse al de las normas anteriores, pues itero, estas reformas no sustituyeron el sistema general de

pensiones de la Ley 100 de 1993, sino que lo ajustaron a las condiciones fiscales del Estado, para garantizar su viabilidad y sostenibilidad financiera en beneficio de la comunidad.

Lo anterior, por lo demás, se encuentra a tono con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforme al cual, la satisfacción de los derechos sociales debe adecuarse a las posibilidades económicas del Estado, esto es *«hasta el máximo de los recursos de que disponga»* y teniendo en cuenta *«su economía nacional»*.

Por ello, considero que la introducción de reglas ajenas a las legales, pueda alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema de protección social, y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, la concesión de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago.

Aunado, en mi sentir, el principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo que se ha venido estudiando, atenta contra el postulado de la sostenibilidad financiera, pues si bien quien deja cotizadas el número mínimo de semanas requerido en las leyes previas, deja financiada la prestación, lo cierto es que la Ley 100 de 1993 en su versión original no solo impuso el requisito de cotizar 26 semanas, sino que también introdujo unos conceptos que entran en juego en los esquemas de riesgo: la calidad de *cotizante activo* o *no cotizante*, verificable únicamente en el momento de la invalidez o el deceso.

Lo anterior significa que las condiciones de consolidación de la pensión en la Ley 100 de 1993 dejaron de ser simples y pasaron a ser compuestas o complejas, debido a la concurrencia de otros elementos llamados a ser conjugados con la densidad de semanas y que solo son verificables al momento de la muerte o la invalidez. En razón a ello, una pensión en la citada normativa, en su versión original, no solo se consolida con la densidad de semanas legales y la muerte o la invalidez, sino también cuando siendo cotizante activo, las semanas fueron aportadas en cualquier tiempo, o cuando siendo cotizante inactivo, fueron aportadas en un preciso periodo de tiempo (1 año) antes del infortunio.

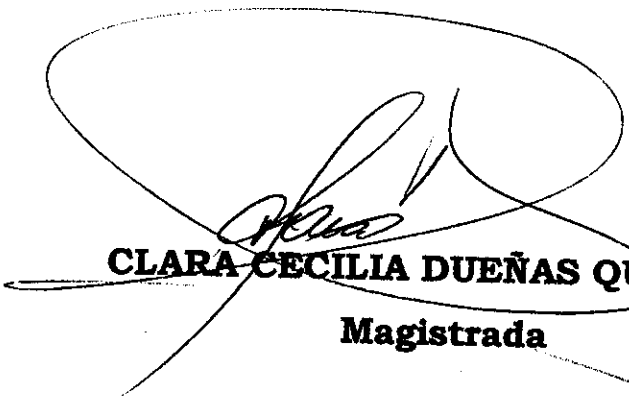
En esa medida, no comparto las fórmulas que se construyen para verificar esta condición compleja o compuesta, dado que el sistema general de pensiones es un *todo* y por ende, no puede dividirse financieramente en un antes y un después. Por tal motivo, tampoco estoy de acuerdo con el establecimiento de una línea ficticia para aseverar que si, en un determinado lapso, se cumplieron los requisitos de la Ley 100 de 1993 original, se deja financiada la pensión, pues precisamente a consideración de las reformas introducidas por las leyes 797 de 2003 y 860 de 2003, la densidad exigida originalmente por el sistema fue insuficiente para garantizar su sostenibilidad y, de ahí, la imperiosa necesidad de reajustar los requisitos para las nuevas pensiones que se causen.

Estas razones relacionadas (i) con el alcance sustancial del principio de la condición más beneficiosa y su inoperancia frente a reformas legislativas introducidas al interior de los

sistemas pensionales establecidos; (ii) la existencia de intereses generales llamados a prevalecer y a ser garantizados frente a situaciones jurídicas particulares, conforme lo estipula el artículo 1 de la Constitución Política, y (iii) la necesidad de dar estricta aplicación a las reglas de configuración de los derechos pensionales, a fin de no afectar la sostenibilidad financiera del sistema, me llevan a considerar que en el tránsito legislativo de la Ley 100 de 1993 a las leyes 860 y 797 de 2003, la norma que gobierna los requisitos de la pensión de sobrevivientes o de invalidez, es la vigente para la fecha de la muerte o de la estructuración de la invalidez, conforme a la regla general prevista en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo.

En los anteriores términos expongo las razones que mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrada Ponente: FERNANDO CASTILLO CADENA

Radicación n° 44596

Me permito aclarar mi voto en la decisión adoptada en el presente asunto, respecto a la posibilidad de aplicar al caso el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, en la forma en la que ahora lo sostiene la mayoría de la Sala.

Lo anterior porque considero, según lo venía admitiendo la jurisprudencia de la Sala, que bajo ninguna circunstancia es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, cuando el afiliado estructura su invalidez en vigencia de la Ley 860 de 2003, así cumpla con la exigencia de las 26 semanas de cotización que consagraba el modificado artículo 39 de la Ley 100 de 1993, habida cuenta que en estos eventos, los requisitos para poder obtener la pensión de invalidez son los señalados en el artículo 1 de la citada Ley 860.

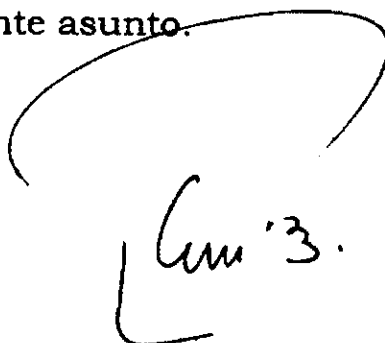
La anterior postura había sido expuesta en múltiples decisiones, como la CSJ SL, 2 sep. 2008, rad. 32765, en la que se indicó:

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

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

Sin embargo, esta no es la situación que surge en el evento de la Ley 860 de 2003 frente al artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, por cuanto esta última exigía niveles de densidad de cotizaciones bajos en relación con los más exigentes pretendidos por el legislador en la nueva disposición.

Dejo en los anteriores términos aclarada mi posición respecto al tema traído a colación dentro de la decisión adoptada en el presente asunto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rm 3.' with a large, sweeping loop above it.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO