



**FERNANDO CASTILLO CADENA**

**Magistrado ponente**

**SL028-2018**

**Radicación n.º 59012**

**Acta 2**

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 18 de noviembre de 2011, en el proceso que instauró **ANTONIO JOSÉ ARBELÁEZ GIRALDO** en contra de la recurrente.

## **I. ANTECEDENTES**

Antonio José Arbeláez Giraldo demandó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común, así como las mesadas retroactivas a partir del 28 de julio de 2004, los intereses moratorios contemplados en la Ley 100 de 1993, y las costas procesales (folios 10 a 13).

Fundamentó sus pretensiones, básicamente, en que la entidad demandada, mediante comunicación del 28 de marzo de 2008, le negó la pensión de invalidez con el fundamento de que, a la fecha de la estructuración, no cumplía con el requisito de semanas de cotización exigidos en la Ley 860 de 2003; que, en consecuencia, solicitó la reconsideración pretendiendo que en aplicación del principio de favorabilidad le fuera concedida con base en lo estipulado en los artículos 4, 5, 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, como quiera que cotizó más de 800 semanas en su vida laboral, la cual le fue negada por bajo el argumento de que en la fecha de estructuración de la invalidez no cumple con las semanas de cotización exigidos en la Ley 860 de 2003; que mediante comunicación del 2 de abril de 2008, Porvenir S.A. le informó la posibilidad de optar por la devolución de saldos, la cual no atendió de manera positiva; y que con ello la demandada lo dejó sin derecho a gozar de la pensión de invalidez.

La Sociedad Administradora convocada al proceso, al dar contestación a la demanda se opuso al éxito de las pretensiones incoadas; frente a los supuestos fácticos, manifestó que el actor no acreditó los requisitos legales para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, y que la fecha de estructuración de invalidez se determinó el 2 de marzo de 2005 y no el 28 de julio de 2004, como se encontraba en las pretensiones.

Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, e incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez; compensación, buena fe de la entidad demandada, y la que denominó «*innominada o genérica*» (folios 55 a 64).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia de juzgamiento, de 28 de enero de 2011, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali condenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al pago de la «(...) *la pensión de invalidez prevista en el art. 6 literal b) del decreto 758 de 1990, a partir del 2 de marzo de 2005, en cuantía de \$395.284,80, valor que debe ser actualizado anualmente sin que llegue a ser inferior al salario mínimo legal mensual de cada año, con las mesadas adicionales de junio y diciembre mientras subsista su condición de inválido. El valor acumulado hasta diciembre 31 de 2010, por este concepto equivale a \$37.245.190,42*», Así mismo, fue condenado al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir de la ejecutoria de la sentencia. Costas a cargo de la entidad demandada (folios 103 a 116).

Sentencia que fue corregida mediante providencia del 7 de febrero de 2011 en el sentido de que respecto a los intereses moratorios la entidad condenada es la

Administradora Porvenir y no el Instituto de Seguros Sociales (folios 136 a 137).

### III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al resolver la apelación que interpuso tanto del demandante como de la entidad demandada, en providencia del 18 de noviembre de 2011, modificó el numeral 3º de la sentencia de primera instancia en el sentido «*de condenarse a la demandada al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a **partir del 19 de marzo del año 2008.** Confirmase en lo demás*». Costas a cargo de la demandada (folios 9 a 20 del cuaderno 2).

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró necesario determinar si por la nueva definición del principio de condición más beneficiosa, este solo puede ser aplicado frente a la norma subsiguiente, esto es, sucesión normativa, o si era viable la aplicación de normas no sucedáneas.

Tras citar las sentencias de esta Corporación Sala Civil de 1958 y Laboral SL, del 9 nov. 2008, rad 32642, así como la *sentencia CC T 406* (sic), y ubicar la discusión respecto de la interpretación y aplicación del principio legal contemplado en el artículo 16 del CST o el principio constitucional consagrado en el artículo 53 de la CN, de condición más

beneficiosa, optó por la aplicación de este «*cuando habla de la aplicación e interpretación de las fuentes formales del Derecho, de la cual hacen parte los principios que como también ya se vio lo aceptan las diferentes Cortes Nacionales*».

Precisó que en casos análogos, en los que no se discutió con la impugnación la tesis actual de esta Corte, siempre se prefirió la tesis de la condición más beneficiosa sin distinción de la sucesión normativa; con fundamento en lo anotado, consideró el Juez Colegiado que:

*No puede la Sala de decisión dejar de anotar que en casos análogos en donde no se discutió en la impugnación con base en la tesis actual de la Sala Laboral de la C.S.J. siempre se prefirió la tesis tradicional sobre la condición más beneficiosa sin distingo o atención de la sucesión normativa.*

*También es preciso señalar que para la mayoría de la Sala, ante la realidad jurisprudencial existente, se configura una discriminación y por lo mismo inconsistencia frente al derecho a la igualdad, pues con ese entendido, se le desconoce el derecho pensional solo a un grupo del contingente de afiliados a la seguridad social que para antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían las 300 semanas de cotización, es decir a aquellos que no murieron antes de la Ley 797 u 860 del 2003, cuando unos y otros, todos, para esa data gozaban de las mismas características y el legislador de forma racional y presupuestal pudiéndolo hacer, no requirió que esas semanas estuviesen ligadas a ninguna otra circunstancia, tan cierto es ello que postuló que lo fueran en cualquier tiempo, por lo que la única diferencia con el personal vivo para la Ley 797 y 860 del 2003 viene a ser el hecho de haber muerto, cuestión que ellos racionalmente no podrían cumplir.*

*Es que de todos esos afiliados o de todo ese contingente de vinculados a la seguridad social que se encontraban en la misma situación - no ser pensionados pero sí con 300 semanas de cotización antes de la Ley 100/93 -sólo a quienes no murieron antes de la data de vigencia de la Ley 797 u 860 se les niega ahora el derecho pensional, cuando ellos como todos los de ese grupo se encontraban bajo una misma situación de protección, habían cumplido de la norma vigente para tener derecho a la pensión, lo que les era racionalmente posible satisfacer, menos morir en un*

*determinado tiempo. También es cierto que la situación económica para establecer esa figura estuvo precedida de una viabilidad presupuestal, tal como lo ordenó el artículo 35 del Decreto 3041 de 1966, y sólo culminado ese estudio se vino a modificar la Legislación dando curso al establecimiento del derecho pensional aquí discutido, que fue lo que hizo el Decreto 234 de 1984, realidad presupuestal que sin duda conservó el Decreto 758 de 1990 que por supuesto por durar más de 8 años y la jurisprudencia haberlo entendido posible por 10 años más, sirven de elemento racional para entender a ese beneficio nacido de una realidad presupuestal.*

En adición, señaló que la misma Ley 100 de 1993, conservó esa línea al haber considerado viable financieramente conceder la pensión teniendo menos semanas de cotización, esto es, 26 semanas de cotización en toda la vida laboral, si el reclamante estuviera afiliado para la fecha de la invalidez o la muerte, por lo que la diferencia entre la ley anotada y el Decreto 234 de 1984, era la exigencia de afiliación actual al sistema, con lo que consideró *«que el argumento de la sostenibilidad del sistema con el que se ha edificado la tesis actual del principio de la condición más beneficiosa, no puede ser financiero».*

Adicionó que:

*La misma situación se repite con la Ley 797 y 860 de 2003 pues con estas leyes se limitaron las cotizaciones a 50 semanas, pero que lo sean dentro de los últimos 3 años anteriores a la invalidez, siendo que esos afiliados, de las 300 semanas anteriores a la Ley 100 que aún no se han muerto y que de seguro lo harán, están en la misma situación de quienes si murieron en tiempos de la Ley 100, es decir lo único que no cumplieron fue morir en una determinada fecha, requisito que el derecho de 1984 y de 1990 en el tema pensional pudo establecer y no lo quiso preceptuar, por el contrario, de forma expresa dijo que esas cotizaciones fueran en cualquier tiempo, y no lo hizo por falta de estudio presupuestal sino que con estudios de ese tipo se entendió que con ese número alto de cotizaciones, más de la mitad de las exigidas para pensionarse a los 50 ó 55 años, resultaba financieramente sostenible acceder a esa pensión.*

Indicó, que lo que se presentó no fue una mera expectativa, sino una expectativa legítima dado el cumplimiento de todos los requisitos jurídicamente exigidos, mas no el fallecimiento en la vigencia de una u otra norma *«por lo que sin ser la situación un derecho adquirido, también debe ser afecta de protección jurídica, que es lo que hace el reconocimiento del principio de la condición más beneficiosa»*.

En cuanto a la apelación del demandante consideró que,

*la objeción presentada al monto de la pensión factorizado por el juzgado y razonado en el hecho de contar el actor con 1041.43 semanas de cotización y no de 1.048 colacionadas por el juzgado debe indicarse que el ISS certifica 683 semanas cotizadas (f.134) y no las 676.43 alegadas en el recurso, por lo que si se adicionan a las 365 no objetadas en la impugnación y cotizadas para el fondo, se llega a la suma de semanas indicadas por el juzgado, con lo cual se advierte la imposibilidad de dar recibo a la tesis del recurso, pero es de resaltar que la tasa de reemplazo deseada aplicar por la parte apelante no podría aceptarse por cuanto tiene relación con la ley 100 de 1993 y su norma modificatoria, de las que ya se dijo no eran aplicables para este caso, desacierto también desarrollado por el juzgado al establecer un IBL establecido en el decreto 758 de 1990 para pensiones de vejez y una tasa de reemplazo de la ley 100 de 1993, pero como con esa cifra pensional se conformó la accionante no podría la Sala entrar a modificarlo, claro, procedimiento también proscrito por la reforma en peor al único apelante, resta indicar que en varias de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia en donde se aplica la condición más beneficiosa dentro del RAIS se estipula su regulación con los Atrs.6 y 25 del decreto 758 de 1990, ( sentencia del 31 de julio del año 2007 que rememora la del 5 de septiembre del año 2001). Cosa diferente, es lo referente al monto de la pensión, para este evento se cree que sería aplicable la nueva ley si ésta permitiese un monto más favorable que el diseñado en el decreto 758 de 1990*

En referencia a la modificación de la fecha a partir de la cual se condenó al pago de los intereses moratorios, acotó que su pago no corresponde desde la fecha de ejecutoria de

la sentencia, ya que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dicta que se causan desde la conjunción de los requisitos pensionales sin que tenga en ello consideración sucesos y particularidades de otro tipo. Añadió que, « (...) como el recurrente plantea que lo sea con atención al plazo de los meses dispuestos por el legislador para dar satisfacción al derecho de petición, que la Sala entiende irrelevante para estos efectos, no puede de todos modos obrar en contra del apelante consciente que en este caso no se está ante un derecho irrenunciable, por tal razón en ese sentido se modificará la sentencia, es decir, la condena será a partir del 19 de marzo de 2008».

De otro lado, en referencia a las mesadas pensionales adicionales, precisó que el actor debería optar por el sistema pensional que considerara pertinente, con lo cual la mesada adicional estará conforme a su elección.

En consecuencia, modificó el numeral 3º de la sentencia de primera instancia respecto de la fecha en que se iniciaba el pago de los intereses moratorios y la confirmó en lo demás.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

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

## **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Pretende la sociedad recurrente que la Corte case la sentencia y una vez constituido en sede de instancia *«revoque la sentencia del juez a quo para que, finalmente se absuelva a Porvenir S.A. de todo lo pedido en su contra»*.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, el cual no fue objeto de réplica.

## **VI. CARGO ÚNICO**

Acusa la Sentencia de violar directamente la ley sustancial en la modalidad de aplicación indebida de *«los artículos 141 de la Ley 100 de 1993, 6o del Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios (aprobado mediante Decreto 758 de ese año) y 13, 31, 53 y 94 de la Carta Magna y dejó de aplicar los artículos Iº, numeral Iº, de la Ley 860 de 2003, 16 del Código Sustantivo del Trabajo y Iº y 230 de la Constitución Política.»*.

Con sustento en la sentencia CSJ SL, del 9 dic, 2009, rad 32.642 y SL, del 6 dic, 2011, rad 49.291, arguye la censura que, dado que la invalidez del causante se estructuró bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003, el Tribunal estaba obligado a examinar la situación con la norma en comento y se encontraba imposibilitado, a acudir a normas anteriores a la Ley 100 de 1993, para conceder la pensión al amparo del principio de condición más beneficiosa; con ello precisa que:

*Salta a la vista, entonces, la crasa equivocación cometida por el Tribunal al condenar a la Administradora a sufragar la pensión de invalidez, primero, soslayado lo estatuido por el aludido artículo 1º, numeral 1º, de la Ley 860 de 2003 y, segundo, aplicando lo consagrado en el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios (aprobado mediante Decreto 758 de ese año).*

Advierte que el Juez colegiado condenó el reconocimiento de la pensión con base en el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 de la misma anualidad, siendo obvio que encontró que el demandante no cumplía con los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 1993, o del artículo 1º, numeral 1º y párrafo 2º de la Ley 860 de 2003, para que le fuera otorgada la prestación pensional.

De otro lado el recurrente argumenta que el Tribunal cimentó su providencia en un errado entendimiento del principio de igualdad y, con fundamento en la sentencia CC C 250/12, afirma que:

*(...), es palmario que se viola el principio constitucional de igualdad cuando no se da el mismo tratamiento a dos o más personas bajo supuestos fácticos equivalentes SIN CONTAR CON UNA JUSTIFICACIÓN PARA ELLO, lo que no ocurre en el asunto que nos ocupa pues en él existe una clarísima motivación del trato diferenciado: la existencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que, es indispensable destacarlo, ya fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional y fue hallado conforme con la Carta Magna en lo concerniente a la exigencia de 50 semanas cotizadas en los tres anteriores a la calenda determinada como de inicio de la invalidez.*

Refiere que la teoría del juez de alzada carece de todo soporte y de ninguna manera da pie para dejar de aplicar la Ley 860 de 2003, ya que, con base en el artículo 230 de la

Constitución Política los principios generales del derecho constituyen un elemento auxiliar de la actividad judicial por lo que deben dar prelación a los preceptos legales.

En complemento, y con sustento en el Acto Legislativo 1 de 2005, precisa que el Juez colegiado debió entender que la norma vigente al momento de la invalidez exigía el requisito de 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores y en caso de no cumplirlas debía rehusarse por el mandato constitucional de exigir todos los requisitos en la norma pertinente y a no debilitar la sostenibilidad financiera del sistema pensional al *«reconocer pensiones no establecidas dentro de las normas vigentes en un momento dado, pues es elemental comprender que esas prestaciones no cuentan con las provisiones necesarias para atenderlas y lo que sin lugar a dudas desata un debilitamiento progresivo e irremediable de la estructura financiera del mencionado sistema pensional»*.

## **VII. 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 el señor Antonio José Arbeláez presentó una pérdida de capacidad laboral de origen no profesional del 69.98%; y *ii)* que la fecha de estructuración es el 2 de marzo de 2005.

### **1. La aplicación de la condición más beneficiosa no autoriza la *plus ultractividad* de la Ley**

La regla general es que la norma aplicable es la que regía para la fecha de estructuración de la invalidez del afiliado. Pero en determinados casos es posible acudir al precepto inmediatamente anterior, sin que ello conduzca a que, como lo hizo el Juez de Alzada, pueda utilizarse cualquier disposición previa, como la del Acuerdo 049, cuando la contingencia ocurrió en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Esta Sala de la Corte ha dilucidado el problema jurídico limitando la aplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa en sentencia SL1689-2107 reiterada la SL8305-2017, bajo la siguiente argumentación:

*La inconformidad de la parte recurrente con el fallo atacado radica básicamente en que de acuerdo con el principio de la condición más beneficiosa, es viable darle aplicación al artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.*

*Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que el derecho a la prestación pensional reclamada debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento de la estructuración de tal condición. De ahí que, al haberse estructurado la invalidez el 23 de junio de 2008, la disposición que rige el asunto es el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, cuyos requisitos no cumplió el actor pues no cotizó 50 semanas durante los tres años anteriores a dicha fecha.*

*De otra parte, como la censura invoca el principio de la condición más beneficiosa a fin de que el asunto se resuelva bajo la égida del artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, es preciso señalar que no es viable dar aplicación a la plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda interminable de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del peticionario o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro. Esta ha sido la postura de la Sala expuesta en recientes providencias, entre otras, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL14881-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016, CSJ SL15960-2016 y*

CSJ SL15965-2016.

*En este orden, no era procedente que el Tribunal considerara los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 de manera plus ultractiva como lo pretende la censura, ni siquiera bajo el argumento de acudir al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque su mandato parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo que no ocurre en el sub lite.”*

Así pues, erró el Tribunal al dar, en virtud del postulado de la condición más beneficiosa, una aplicación *plus ultractiva* de la ley como efectivamente lo hizo toda vez que: *i*) en principio la regla general dicta que la norma aplicable al caso concreto es la que se encuentra vigente a la fecha de ocurrencia el siniestro, en el presente caso la fecha en la cual se estructuró la invalidez (2 de marzo de 2005), es aplicable la Ley 860 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993; y *ii*) el principio de condición más beneficiosa contempla la posibilidad de aplicar en determinadas condiciones la norma anterior, sin que ello implique una búsqueda histórica en la sucesión normativas a efectos de conceder un derecho. En el caso concreto el juzgador aplicó el Decreto 758 de 1990, al no encontrar cumplidos los requisitos de la norma aplicable por la fecha de ocurrencia del siniestro, Ley 860 de 2003, por lo que, se itera, constituye un error del fallador.

## **2. Requisitos de pensión de invalidez a la luz de la Ley 860 de 2003**

Partiendo de que la regla general es que la norma que regula la pensión de invalidez es la vigente a la data de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de 50% o más, la disposición aplicable al caso bajo estudio es la Ley

860 de 2003, y con base en los soportes existentes se evidencia que el demandante efectivamente no verificó las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la invalidez, requisito exigido en su artículo 1o, modificadorio del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, por cuanto dentro de dicho periodo no efectuó aporte alguno.

De la misma manera al revisar el parágrafo 2º de la norma en comento, se evidencia que si bien el actor supera el 75% de las semanas mínimas requeridas para vejez, también lo es que no reúne la exigencia de haber cotizado 25 semanas en los 3 años anteriores a la invalidez, puesto que no presenta cotización alguna entre marzo 2 de 2002 y marzo 2 de 2005, situación frente a lo cual no hubo discusión.

### **3. Aplicación de la condición más beneficiosa por el tránsito legislativo de las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003.**

La línea jurisprudencial de la Sala se ha inclinado por reglar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa cuando la estructuración de la invalidez del afiliado ha sucedido en vigencia de la Ley 860 de 2003. En sentencia SL2358-2017, 25 de ene. 2017, rad.44596, por mayoría, se determinó que solo es posible diferir los efectos de la Ley 860 mencionada hasta el 26 de diciembre de 2006, esto es por 3 años; a su vez estableció cómo se expresa la situación jurídica concreta en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003, dependiendo si el afiliado se encontraba cotizando o no **al momento del tránsito**

**legislativo (26 de diciembre de 2003)**, así:

**3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo**

*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.*

**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.*

En el caso en concreto, el actor no cumplió con las nuevas exigencias para el acceso a la pensión de invalidez, ni tampoco con las condiciones regladas de la condición más beneficiosa puesto que si bien, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, fue el 2 de marzo de 2005, lo cual lo enmarca dentro de la temporalidad establecida por la línea jurisprudencial antes anotada, lo cierto es que no cumple las exigencias establecidas para hablar de una situación jurídica concreta que permita su protección, ya que al momento del tránsito normativo (26 de diciembre de 2003), no estaba cotizando y tampoco tenía 26 semanas de

cotización en el año inmediatamente anterior a dicha calenda, luego no tenía una situación jurídica concreta.

Lo anterior es suficiente para que prospere el cargo, en la medida en que no era posible al Tribunal acudir a cualquier disposición anterior, dando una aplicación *plus ultractiva* de la ley para conceder el derecho deprecado.

Empero, lo precedente juzga conveniente la Corte advertir que en atención a la prerrogativa dispuesta en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, el demandante podrá mantener el saldo en su cuenta individual de ahorro pensional y continuar cotizando para alcanzar el capital necesario para acceder a una pensión de vejez, o para optar por la garantía de pensión mínima de que trata el artículo 65 de la anotada ley.

En sede de instancia basten las consideraciones expuestas en la esfera casacional para revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la sociedad demandada de las pretensiones incoadas por el promotor del proceso.

Sin costas en el recurso extraordinario.

## VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia

dictada el 18 de Noviembre de 2011, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ANTONIO JOSÉ ARBELÁEZ GIRALDO** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En sede de instancia, se **REVOCA** la sentencia de primera instancia proferida el 28 de enero de 2011, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali y, en su lugar, se absuelve a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de todas las pretensiones de la demanda

Sin costas en sede de casación por cuanto el cargo prosperó y en instancia a cargo de la parte vencida.

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

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

Presidente de la Sala

**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

**RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS**

**JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN**