



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3



JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO
Magistrada ponente

SL3488-2018
Radicación n.º 63647
Acta 28

Bogotá, D. C., veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **RODRIGO CARDONA DRADA**, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 28 de junio de 2013, en el proceso que instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA**.

I. ANTECEDENTES

Rodrigo Cardona Drada, solicitó se declarara que el dictamen de Calificación de Invalidez emitido por la Junta Regional, se encuentra viciado de nulidad en lo relativo a la fecha de estructuración de la invalidez, pues la enfermedad fue adquirida desde el 19 de diciembre de 1995; que para la fecha en que la junta la estructuró (8 de julio de 2007), ya sufría de insuficiencia renal crónica; se remita a la junta para que determine la fecha de la estructuración de invalidez, que cotizó para los riesgos de IVM y reúne los requisitos para la pensión reclamada conforme lo establecido en el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del citado año, en armonía con la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de lo anterior, se condene al Instituto de Seguros Sociales al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común desde el 19 de diciembre de 1995, el retroactivo causado debidamente indexado, los intereses moratorios y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, en que cotizó al ISS para los riesgos de IVM en forma discontinua, es un paciente con diagnóstico de insuficiencia renal crónica terminal en terapia de reemplazo, enfermedad que fue adquirida y diagnosticada a partir del 19 de diciembre de 1995; fue calificado por la Junta Regional de Invalidez de Antioquia con una merma de capacidad laboral del 68,58%

enfermedad común, entidad que la estructuró desde el 8 de julio de 2007; que solicitó al Instituto demandado la pensión de invalidez, sin embargo, mediante resolución 019348 de 30 de junio de 2009, le fue negada por no cumplir con 50 semanas de cotización dentro de los tres últimos años anteriores a la estructuración de la misma; aseveró que está probado que viene discapacitado desde diciembre 19 de 1995 debido a sus problemas renales y, estima que esa debe ser la fecha de estructuración y no la que determinó la Junta Regional.

Aseguró que la jurisprudencia laboral ha entendido que cuando la invalidez del asegurado sucede con posterioridad al 1 de abril de 1994, como es su caso (19 de abril de 1995), hay lugar a la aplicación preferencial de las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, siempre que haya cotizado al menos 150 semanas al sistema, que se le debe aplicar el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, reconociéndole que tiene derecho a la pensión de invalidez conforme la disposición descrita, pues ha cotizado en total 435 semanas y tiene más del 50% de la merma de la capacidad laboral (f.º 1 a 5 cuaderno de las instancias).

Al responder la demanda, el Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones. De los hechos: aceptó que el demandante cotizó para los riesgos de IVM administrados por esa entidad, que se le diagnosticó insuficiencia renal crónica y, que fue calificado con el 68,58% de pérdida de la capacidad laboral, estructurada en

el **mes de julio de 2007**. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación, pago y prescripción especial, así como las que denominó, inexistencia de la obligación de reconocer pensión de invalidez de origen común por falta de requisitos mínimos, improcedencia del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, imposibilidad de condena en costas.

En su defensa, adujo que el demandante no cumplió los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1º de la Ley 860 de 2003, normatividad vigente al momento de la fecha en la que se estructuró la invalidez, razón por la cual, la entidad negó la prestación reclamada (f.º 22 a 26 cuaderno de las instancias).

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia se opuso a las pretensiones. De los hechos, aceptó: el diagnóstico de insuficiencia renal crónica del demandante y la calificación por esa entidad con una merma de capacidad laboral del 68,58%, **pero estructurada a partir del 8 de julio de 2007**; formuló la excepción de prescripción y la que denominó, inexistencia de fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones.

Dijo en su defensa, que el dictamen se ajustó a los procedimientos técnicos establecidos por el Manual Único de Calificación, que el Decreto 2463 de 2001, establece que los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez en firme sobre los cuales no procede recurso alguno, sólo pueden ser objeto de controversia por vía jurisdiccional, que

en este asunto el actor «*pretende la modificación del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, con base en afirmaciones infundadas sobre la fecha de estructuración de la invalidez, sin desvirtuar sus fundamentos técnicos*» (fls. 48 a 51 cuaderno de las instancias).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Adjunto al Quince Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo de 30 de septiembre de 2011, absolvió a las demandadas (f.º 198 a 206 cuaderno de las instancias).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al surtir el recurso de apelación del demandante, la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por sentencia de 28 de junio de 2013, confirmó la absolución y no impuso costas (f.º 220 a 222 cuaderno de las instancias).

En lo que interesa al recurso extraordinario, el *ad quem* concretó el estudio de la segunda instancia a los tópicos materia de inconformidad del apelante; respecto a la prueba de la estructuración del estado de la invalidez, aprecia que la parte actora pretende que se declare que surgió a partir del 19 de diciembre de 1995, sin que fuese necesario contar con otro dictamen para tal fin, expuso que en el asunto está probado el estado de invalidez del actor, la densidad de semanas y períodos cotizados, por lo que se

debe primordialmente establecer la fecha de estructuración; seguidamente expresó:

Descendiendo al subexamine, una primera acotación para desatar la litis, es que el dictamen que emiten las juntas calificadoras para establecer tanto la pérdida de capacidad laboral como su origen y fecha de estructuración, es un proceso complejo en tanto involucra la participación de un equipo interdisciplinario, tal como se puede apreciar de lo regulado en el artículo 12 del prenotado Decreto 2463/01, cuyas salas de decisión se conforman con 2 médicos especialistas en medicina laboral, 1 psicólogo o terapeuta físico con especialización en salud ocupacional, 1 abogado especialista en derecho laboral, salud ocupacional o seguridad social.

Lo anterior, para significar que la calificación de la pérdida de capacidad laboral no es asunto que deba tomarse a (sic) ligera, dado el componente humano requerido para adoptar una decisión, y por la misma razón, no puede reclamarse al juez que sea él quien emita una valoración respecto de la fecha de estructuración de la invalidez, cuando por regla general, no posee los conocimientos especializados en medicina o psicología laboral para determinar el momento exacto en que tuvo lugar dicho estado.

Si bien aparece en el paginario la historia laboral del accionante de la cual se infiere su deteriorado estado de salud desde el año 1995 debido a problemas renales, no puede concluirse que el estado de invalidez se haya configurado en esa calenda, dado que no existen elementos probatorios que así lo sostengan y, por el contrario, lo que fluye de las pruebas arrojadas al expediente es que tal fenómeno tuvo ocurrencia en julio 8/07, tal como lo dictaminara la JRCI (fl. 130).

Así las cosas, para responder al primer planteamiento que expone el libelista en su escrito de alzada, era necesario contar con un dictamen de perito especializado en la materia, si quería controvertir la decisión de la JRCI y obtener, como lo pide, la nulidad de la fecha de estructuración, pero al no solicitar la prueba correspondiente, le relegó a la justicia una tarea jurídicamente imposible de cumplir, pues, se itera, los jueces no puede[n] ni están obligados a emitir conceptos sobre materias que están por fuera de los lineamientos jurídicos.

Siguiendo este orden de ideas, partiendo de la fecha de estructuración de la invalidez que lo fue en julio 8/07 al no existir prueba en contrario, se verifica con el informativo de semanas cotizadas que milita a folios 14 y siguientes, que dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a esa calenda el actor no alcanzó a cotizar las 50 semanas que exige la Ley 860/03. Y si

por condición más beneficiosa se aplicara el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 que exige 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez o dentro del año anterior, tampoco alcanzaría la densidad de semanas requerida, pues se determina dentro de ese marco temporal tan solo 6 semanas cotizadas.

Transcribió apartes de la sentencia de esta Sala CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 38674, referida a la condición más beneficiosa y concluyó que conforme al artículo 177 del C.P.C., como incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas disponen, y que como a la parte interesada le correspondía probar que la invalidez tuvo lugar en época distinta a la aducida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, lo que no ocurrió, confirmó la sentencia del *a quo*.

IV. DEMANDA DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Persigue el recurrente la casación total del fallo recurrido, en cuanto confirmó la absolución dispuesta por el *a quo*, para que en subsiguiente sede de instancia se sirva revocar el fallo de primer grado y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda y se provea sobre costas.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados; a pesar de que la tercera acusación se dirige por diferente vía, se estudiarán conjuntamente pues el sustento es similar, denuncian iguales normas y persiguen el mismo objetivo.

VI. CARGO PRIMERO

Denuncia la sentencia gravada, por la vía **directa, interpretación errónea** de los artículos «38, 39, 40 y 41 de la ley 100 de 1993 y aplicación indebida del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 en relación con los artículos 1, 2, 3, 7, 11, 38, 40, 141 y 142 *ibídem*, todo dentro del marco del artículo 48 y 53 de la C.N.».

En el sustento de la acusación, alude a que el Tribunal consideró que no reunía la densidad de cotizaciones que establece la Ley 860 de 2003, que de aplicarse el principio de la condición más beneficiosa el asegurado no tenía las 26 semanas en el año anterior a la estructuración de la invalidez y, que en el último año anterior a la estructuración de la invalidez, tan sólo cotizó 6 semanas.

Afirma que la seguridad social es un derecho de raigambre superior en tanto su consagración normativa fue prevista desde la misma Carta Política, refrendado por la Ley 100 de 1993; que el principio de la condición más beneficiosa unido al de progresividad, implica que toda reforma a la seguridad social debe constituir un avance cualitativo de los beneficios pensionales, para cumplir el

cometido de universalidad trazado por el constituyente y el legislador, respecto de derechos irrenunciables.

Transcribe el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y, asegura que de su literalidad es claro que *«tiene derecho a la pensión de invalidez de origen no profesional, el asegurado que estando afiliado al sistema (lo que significa cotizando) tenga 26 semanas en cualquier tiempo y quien no este afiliado (entendiéndose no cotizando) 26 semanas en el año anterior a la fecha en que se estructura la invalidez»*, que la conclusión del Tribunal es equivocada porque si va a aplicar el principio de la condición más beneficiosa, debe recurrir como lo hizo a la referida normatividad que consagra que las semanas deben ser cotizadas en cualquier época a la estructuración de la invalidez; que contrario a lo concluido por el colegiado, esta Sala de la Corte desde el año 2012 ha aplicado la condición más beneficiosa recurriendo a la Ley 100 de 1993 en detrimento de la 860 de 2003, pero no la tesis de la decisión radicada «38.674» que cita el *ad quem*, sino a la vertida en otras con radicación interna números «42.450, 41617, 35.319, 39.005, 41.695 y 41.832».

Estima que es incuestionable que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, pues esas disposiciones contemplan dos variantes para acceder a la pensión, así: una para los cotizantes activos al momento de la estructuración de la invalidez (26 semanas en cualquier tiempo) y otra para los no cotizantes (26 en el año anterior), entendiendo el colegiado sólo la segunda

de las opciones mencionadas. Para el efecto, copia apartes de la sentencia CSJ SL 28 ag. 2012, rad. 42395 y estima que el actor tiene derecho a la pensión de invalidez reclamada, pues a la fecha de estructuración (7 de julio de 2007), estaba cotizando (de 01-07-2007 a 31-08-2007) y tiene más de 26 semanas aportadas al sistema en cualquier tiempo; que proceden igualmente los intereses moratorios conforme a la reiterada y pacífica jurisprudencia.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia recurrida, por la vía **directa, aplicación indebida** de los artículos «1 de la Ley 860 de 2003, e infracción directa de los artículos 38, 39, 40 y 41 de la ley 100 de 1993, en relación con los artículos 1, 2, 3, 7, 11, 38, 40, 141 y 142 *ibídem*, todo dentro del marco del artículo 48 y 53 de la C.N.»

En este cargo, la censura refiere igualmente a que el Tribunal encontró que en este asunto no aplica el principio de la condición más beneficiosa, no solo por no tener las 26 semanas en el año anterior a la estructuración de la invalidez, sino porque nunca se ha aplicado la Ley 100 para desconocer lo dispuesto en la Ley 860 de 2003.

Corroboración que la seguridad social es un derecho de orden superior por su consagración prevista en la Constitución Política, ratificada en la Ley 100 de 1993; copió apartes de lo señalado por algunos doctrinantes en relación con el principio de la condición más beneficiosa y

agrega que toda reforma a la seguridad social debe constituir un avance cualitativo que ostenta el carácter de irrenunciable; que para asuntos como el presente, es dable inaplicar las nuevas disposiciones y emplear las del régimen anterior cuando resulten más favorables, ello como en múltiples decisiones lo ha señalado esta Sala de Casación.

Asegura que cuando el *ad quem* asume que la normativa aplicable es la Ley 860 de 2003, por ser la vigente al momento de estructurar la invalidez, la está empleando indebidamente pues tal norma no es aplicable al asunto, infringe los artículos 38 a 41 de la Ley 100 de 1993, que regulan el caso de autos, tal como se infiere de lo dicho por esta Sala, sentencia CSJ SL, 17 jun. 2008, rad. 32.681, de la cual copió algunos apartes, razón por la que estima se desató la litis en forma indebida al aplicar disposiciones que no gobiernan el caso debatido; dice que no se puede entender un nuevo régimen que desmejore en forma dramática los requisitos para acceder a la prestación, pues se hace imposible el acceso a la pensión de una persona que por su condición de invalidez se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, quienes son sujetos de protección especial.

Agrega que la Corte tiene definida la tesis de aplicar la Ley 100 de 1993 en detrimento de la Ley 860 de 2003, como se expuso en sentencias indicadas en cargo anterior, que el actor cumple los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, pues a la fecha de estructuración de la invalidez (7 de julio de 2007), estaba cotizando (de 01-07-2007 a 31-08-2007) y

tiene más de 26 semanas aportadas al sistema en cualquier tiempo, además proceden los intereses moratorios.

VIII. CARGO TERCERO

Culpa la sentencia gravada, por la vía **indirecta**, por **aplicación indebida** de los artículos «38, 39, 40 y 41 de la ley 100 de 1993 y aplicación indebida del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 en relación con los artículos 1, 2, 3, 7, 11, 38, 40, 141 y 142 *ibidem*, todo dentro del marco del artículo 48 y 53 de la C.N.».

Como errores evidentes de hecho, enuncia:

- NO DAR POR DEMOSTRADO, SIENDO EVIDENTE, QUE EL ASEGURADO TIENE 26 SEMANAS EN CUALQUIER TIEMPO.
- NO DAR POR DEMOSTRADO, ESTÁNDOLO, QUE EN LOS SEIS AÑOS ANTERIORES A ABRIL 1 DE 1994 ELL (sic) ASEGURADO ERA COTIZANTE ACTIVO AL MOMENTO DE [LA] ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ.

Como prueba calificada se remite a la «*HISTORIA LABORAL DE FOLIOS 14 a 17*».

En este cargo, la censura transcribió el aparte final de la decisión de segundo grado y expresó que: «*Sin desviar el sendero que indiscutiblemente [es] el directo, es claro que para acceder a una pensión de invalidez con fundamento en la hipótesis del artículo 39 origina[1] de la Ley 100 de 1993*», el cual copió, resulta incuestionable de la historia laboral obrante en el proceso, que el actor si reúne las semanas para ser beneficiario de la pensión reclamada, en este

evento el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, pues para la fecha de la estructuración de la invalidez (07 de julio de 2007), estaba cotizando activamente al sistema (de 01-07-2007 a 31-08-2007) y cuenta con más de 26 semanas aportadas al sistema en cualquier tiempo precedente, por ello le asiste derecho a la pensión de invalidez.

IX. RÉPLICA

Dice que el alcance de la impugnación es incoherente con lo que se solicita en los tres cargos presentados, pues en los ataques lo pedido es que la Corte regule la situación del actor conforme la Ley 100 de 1993, antes de su modificación (Ley 860 de 2003) y, que en sede de instancia se revoque la decisión de primer grado y se acceda a las súplicas de la demanda, pero de las mismas se puede encontrar que jamás se pidió lo que se manifiesta en las acusaciones, la demanda inicial se encaminó a que se declarara la nulidad del dictamen de la Junta Médica Regional, en lo relativo a la fecha de estructuración, variándola al 19 de diciembre de 1995, que efectuado lo anterior, se condenara a la prestación con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, así que, si la fundamentación de las acusaciones, se sustentan en la aplicación de la Ley 100 de 1993, antes de su modificación, no existe armonía o congruencia entre lo desarrollado en los ataques presentados y lo solicitado en el alcance de la impugnación.

Asegura que conforme a lo anterior, los cargos se apartan de la argumentación esgrimida en la demanda

inicial y lo aducido en la apelación, esto es «*la nulidad del dictamen y el cambio de la fecha de estructuración de la invalidez*», que el recurrente de manera novedosa desarrolla los cargos planteando una discusión no debatida con anterioridad en el proceso, esto es: «*la condición más beneficiosa recurriendo a la Ley 100 de 1993 en detrimento de la ley 860 de 2003*», tema que difiere ampliamente de la nulidad del dictamen planteado y la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Considera que los planteamientos que presenta la censura, conducen a vulnerar los derechos de la demandada, quien desde las instancias se defendió dentro del marco planteado en la acción inicial y que ahora el casacionista sorprende con un argumento nuevo, razón por la que las acusaciones no pueden ser de recibo por cuanto conllevaría vulnerar el derecho de defensa; destaca que como la fecha de estructuración de invalidez no fue variada por los falladores de instancia, ni el recurso de casación eleva tal solicitud, la establecida por la Junta Regional (8 de julio de 2007) debe permanecer inalterada, lo que implica sin duda alguna, que la norma aplicable es la Ley 860 de 2003 y que el demandante no alcanza el mínimo de semanas requeridas para causar la pensión de invalidez.

X. CONSIDERACIONES

Si bien es cierto, como lo hace notar la opositora, en este asunto con la demanda inicial se reclamó la nulidad del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación

de Antioquia, en cuanto a la fecha de estructuración de la invalidez (al 19 de diciembre de 1995) y, que realizado lo anterior, se condenara a la prestación pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, también lo es que el *ad quem*, al resolver el recurso de apelación que presentó la parte actora contra la sentencia de primer grado, consideró:

*Siguiendo este orden de ideas, partiendo de la fecha de estructuración de la invalidez que lo fue en julio 8/07 al no existir prueba en contrario, se verifica con el informativo de semanas cotizadas que milita a folios 14 y siguientes, que dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a esa calenda el actor no alcanzó a cotizar las 50 semanas que exige la Ley 860/03. **Y si por condición más beneficiosa se aplicara el artículo 39 de la Ley 100 de 1993** que exige 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez o dentro del año anterior, tampoco alcanzaría la densidad de semanas requerida, pues se determina dentro de ese marco temporal tan solo 6 semanas cotizadas.*

Así las cosas, le asiste razón al recurrente al sustentar las acusaciones en la aplicación de la Ley 100 de 1993, antes de su modificación (Ley 860 de 2003), razón por la que la Sala abordará el estudio de la misma, en los términos propuestos por la censura, esto es, si hay lugar a reconocer al demandante la pensión de invalidez, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, relevandose del estudio relacionado con la nulidad del dictamen de la Junta Regional de Invalidez de Antioquia, en cuanto a la fecha de estructuración de la invalidez al 19 de diciembre de 1995, pues no se discute en el recurso extraordinario, que la misma lo fue el 8 de julio de 2007.

Previo al estudio de los ataques propuestos, se considera pertinente precisar, que no existe discusión en relación con los siguientes supuestos fácticos, los cuales se mantienen incólumes para efectos de despachar el recurso extraordinario: (i) Que el demandante estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, (ii) Que nació el 12 de septiembre de 1964, (iii) Que tiene una pérdida de capacidad laboral del 68,58% de origen común, con fecha de estructuración del 8 de julio de 2007, (iv) Que durante su vida laboral cotizó 434,57 semanas, (v) Que en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez, esto es, en el período comprendido del 8 de julio de 2004 al mismo día y mes de 2007, no acreditó haber cotizado las 50 semanas que exige la Ley 861 de 2003, (vi) Que dentro del año anterior a la estructuración de la invalidez, tan sólo cotizó 6 semanas y, (vii) Que el Instituto de Seguros Sociales mediante la resolución No. 019348 del 30 de junio 2007, le negó al actor la pensión de invalidez, por no reunir el requisito de las cincuenta (50) semanas de cotización en los tres (3) años que anteceden a la invalidez, que exige la Ley 860 de 2003, artículo 1º.

De la lectura de los cargos, el recurrente busca que se determine que el *ad quem* interpretó y aplicó indebidamente la Ley 860 de 2003, artículo 1, por cuanto 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 de la Ley 100 de 1993, artículo 39.

Asegura que en este asunto se presentó la infracción directa del citado artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, el cual regula verdaderamente el caso debatido, cuyos requisitos para acceder a la pensión de invalidez se cumplen a satisfacción, por tener el actor más de 26 semanas aportadas al sistema en cualquier tiempo precedente.

Lo primero que hay que decir, es que el Tribunal acertó en cuanto a que por regla general, la norma aplicable es aquella que se encuentre vigente al momento en que se estructure el estado de invalidez, así que, como en el caso objeto de estudio, esto ocurrió el 8 de julio de 2007, la disposición que en principio gobierna la situación pensional del señor Rodrigo Cardona Drada es el art. 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el art. 39 de la Ley 100 de 1993.

En atención a que uno de los requisitos que exige tal preceptiva, es haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores **a la fecha de estructuración de la invalidez**, y por no estar en discusión que el actor no reúne esa densidad de semanas, pues entre el 8 de julio de 2004 y el 8 julio de 2007, cotizó 22,43 semanas, según la historia laboral (f. 14 cuaderno de las instancias); en consecuencia, fácilmente se infiere que bajo esta nueva preceptiva no tiene derecho a la pensión deprecada.

Ahora, en punto al principio de la «*condición más beneficiosa*», cuya aplicación reclama el recurrente, debe

precisarse que a partir de la sentencia CSJ SL2358-2017, esta Sala de la Corte hizo un nuevo análisis para la procedencia del mismo y trazó una orientación con el fin de extender los efectos de temporalidad para su aplicación, en el tránsito legislativo entre las leyes 100 de 1993 y 860 de 2003. Señaló además, que si bien la regla general es que la norma que gobierna este tipo de asuntos es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, por excepción se acude a dicho principio, siempre y cuando el afiliado reúna los requisitos que allí se señalan; en aquella providencia la Corporación señaló:

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.

Conforme al precedente jurisprudencial citado, y en el entendido de que el principio de la condición más beneficiosa, surge como alternativa temporal para el tránsito entre una y otra norma, y por ello difirió los efectos jurídicos de la Ley 860 de 2003, hasta el 26 de diciembre de 2006, únicamente para quienes tenían una expectativa legítima, entendida esta, como el *«(...) 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»*, conforme a lo señalado por esta Corporación en sentencia CSJ SL del 18 de ago. 1999, rad. 11818; en tales circunstancias en ese interregno, esto es, de *«26 de diciembre de 2003 a 26 de diciembre de 2006»*, continúa produciendo efectos el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con lo que se busca hacer efectivos los principios de solidaridad y equidad.

Así las cosas, bajo este nuevo criterio, se concluyó en la providencia transcrita, que surgen varios eventos que permiten acceder a la pensión de invalidez, respecto de que

situaciones se materializan en el tránsito legislativo de las dos normas en mención, así:

[...] 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.

Como consecuencia de lo señalado, tenemos entonces que son varios eventos frente a los cuales se puede acceder a la pensión de invalidez, conforme a esta nueva línea de

pensamiento doctrinal de la Corte, en razón del período de temporalidad en el que se extiende la aplicación del principio tantas veces mencionado, en virtud del tránsito normativo al que se ha venido haciendo referencia.

Con el fin de profundizar en más explicaciones y para justificar la nueva orientación doctrinal, en la aludida sentencia CSJ SL2358-2017, se dijo:

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 3º 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 3º 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.

Los referidos fundamentos, fueron tenidos en cuenta por esta Sala en la sentencia CSJ SL4650-2017, en la que se analizó un caso de pensión de sobrevivientes bajo esta nueva línea de pensamiento, frente a la aplicación del principio de condición más beneficiosa, lo que se retoma con el fin de dar curso a la decisión del asunto objeto de estudio.

Entonces, bajo las directrices expuestas, tenemos que para acceder al beneficio de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, debe cumplirse un requisito común y *sine qua non* para todas las hipótesis planteadas, como es que, «**la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006**», lapso que corresponde al período de temporalidad dentro del cual sigue produciendo efectos el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, difiriendo entonces los efectos de la Ley 860 de 2003, como ya se dijo, requisito este que el afiliado **NO** cumple, toda vez que su invalidez, se estructuró el **8 de julio de 2007**, fecha muy posterior al tiempo al que se extendió la vigencia del artículo 39 ya citado.

Aunado a lo anterior, se advierte además que el afiliado tampoco cumple otros requisitos que señala la providencia transcrita, como son: (i) el estar cotizando al 26 de diciembre de 2003, fecha para cuando entró a regir la Ley 860 de 2003 y, (ii) haber aportado las 26 semanas en el

año inmediatamente anterior a esa calenda, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002, puesto que verificada la historia laboral no alcanza siquiera a cumplir una semana de cotización en ese lapso.

Se concluye entonces, si la estructuración de la invalidez del actor no se produjo entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, no estaba cotizando para el 26 de diciembre de 2003 y no tenía 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior de la fecha del tránsito legislativo, no tiene una situación jurídica concreta ni una expectativa legítima 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.

En tal orden de ideas, resulta claro que aún bajo esta nueva orientación de la Sala frente al principio de condición más beneficiosa, el demandante NO cumple los supuestos para su aplicación, debiendo concluirse entonces que el juez colegiado acertó al absolver al ISS de la pensión de invalidez pretendida; por lo tanto, no cometió los yerros endilgados en los cargos propuestos, razón por la que los mismos no prosperan.

Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo de la parte recurrente, pues su acusación no salió avante y hubo réplica. Fíjense como agencias en derecho \$3.750.000,00 que se incluirán en la liquidación que haga

el juez *a quo*, con arreglo en lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia emitida el 28 de junio de 2013, por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por **RODRIGO CARDONA DRADA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA**.

Costas, como se dijo en la parte motiva.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ