



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4



GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Magistrado Ponente

SL5104-2018

Radicación n.º 55757

Acta 41

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **GUSTAVO ENRIQUE OSORIO VÉLEZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Décima Laboral del Tribunal Superior de Medellín el 8 de noviembre de 2011, dentro del proceso ordinario promovido por él contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

El señor Gustavo Enrique Osorio Vélez demandó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para procurar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de origen común, a partir del 15 de mayo de 2008, más los intereses moratorios y, en subsidio, la indexación.

Fundamentó sus pretensiones en que el 20 de octubre de 2008, le solicitó a la AFP demandada la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que tenía una pérdida de capacidad laboral del 66.38%, estructurada el 15 de mayo de 2008, pero le fue negada por cuanto contaba con 475.71 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 25.57 fueron sufragadas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, y tampoco se satisfizo el presupuesto de fidelidad, motivo por el que recibió una devolución de saldos. Sostuvo que, no obstante, tiene derecho a la prestación en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

Protección S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la mayoría, pero reiteró que el actor no cumplía los presupuestos para alcanzar la pensión reclamada, de conformidad con lo establecido en la Ley 860 de 2003. Presentó las excepciones de fondo que llamó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción y pago (devolución de saldos).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín absolvió mediante sentencia del 11 de noviembre de 2010.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, el 8 de noviembre de 2011, confirmó la sentencia apelada por el demandante.

El Juez Plural resolvió si el actor tenía derecho a la pensión reclamada en virtud del principio de la condición más beneficiosa, teniendo en cuenta los requisitos contenidos en el Decreto 758 de 1990.

Para resolver, señaló que la fecha de estructuración de invalidez del actor fue el día 15 de mayo de 2008, situación que lo situaba en la vigencia de la Ley 860 de 2003, la cual exigía 50 semanas de cotizaciones en los tres años anteriores a aquella declaratoria, y el 20% de fidelidad al sistema, requisito último declarado inexecutable de conformidad con la sentencia CC C-428 de 2009.

Dicho esto, advirtió que la comunicación n.º 2009-17840, negó la prestación al actor por cuanto cotizó 475.71, de las que 25.57 estaban aportadas en el interregno referido, por lo que era evidente que no cumplía con lo requerido, y en cuanto al referido principio, haciendo suyas las reglas establecidas en la sentencia de esta Corte CSJ SL 35455, 2009, recordó que en atención a la norma que gobernaba el

asunto, no era posible acudir al Decreto 758 de 1990, sino a la inmediatamente anterior a la que estaba vigente al momento de la estructuración, es decir el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que se case la sentencia del Tribunal.

Con tal propósito formuló un cargo, que fue replicado oportunamente.

VI. CARGO ÚNICO

Acusó el fallo del Tribunal por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos:

[...] 1 de la Ley 860 de 2003, 5, 6, 7 del Acuerdo 049 de 1.990, aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año en ejercicio de la facultad conferida a través del artículo 53 de la Constitución Política, en sus artículos 4, 5, 6 y 7. Esto a la INFRACCIÓN DIRECTA de los artículos 2º, 3 de la Ley 100 de 1.993, 1 y 2 de la Ley 797 de 2003, 14 y 16 del Código Sustantivo del Trabajo, 58 y 230 de la Constitución Política y 5º de la Ley 57 de 1887.

Para demostrar el cargo indicó que el fallo desconoció el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990,

«[...] desestimando tácitamente la aplicación del principio de condición más beneficiosa», que permitía la aplicación del segundo, pese a lo cual se negó el derecho en tanto incumplía los presupuestos de la Ley 860 de 2003, «[...] elemento este que para nada hace parte del texto del Decreto 758, ni de la condición más beneficiosa».

Así, adujo que si se trataba de una pensión de invalidez, no debía verificarse si al entrar a regir un estatuto legal se tenía un número determinado de semanas, sino si la densidad de aportes, concretamente 300, estaba cumplida *«[...] en cualquier época anterior a la fecha de estructurarse la invalidez, no en cualquier época antes de que entre a regir la Ley 100 de 1993»,* pues *«[...] quien tenía la calidad de afiliado y cotizante al sistema para 1993, al entrar a regir el sistema, pero que aún no tenía la densidad de cotización allí establecida, tenía un derecho adquirido para sí en caso de estructurarse un estado de invalidez».*

Dijo que al evaluar si el requisito de cotizaciones igualmente se satisfizo al momento de causarse la pensión, no era un proceder acorde con el referido principio, sino con el de favorabilidad, de manera que el *ad quem* incurrió en una aplicación formal o simbólica del mandato de condición más beneficiosa, e hizo nugatorio su derecho.

Luego expuso lo que denominó *«ALEGACIONES DE INSTANCIA»*, en el que hizo un recorrido de citas normativas y jurisprudenciales, referentes a la condición más beneficiosa y a la pensión de invalidez.

VII. RÉPLICA

La opositora advirtió que el fallo atacado coligió que no tenía aplicación el Acuerdo 049 de 1990, cuando la estructuración del riesgo se presenta en vigencia de la Ley 860 del 2003, que en ese sentido se ha considerado aplicable, según decisiones CSJ SL 32642, 9 dic. 2008, CSJ SL42794, 27 jun. 2010 y CSJ SL 49291, 6 dic. 2011. Además, reprochó que el ataque presente debates fácticos, ajenos a la vía escogida.

VIII. CONSIDERACIONES

Aunque el censor no precisa en el alcance de la impugnación lo que debe hacer esta Corte en sede de instancia en el hipotético caso de casarse la sentencia gravada, es evidente que su intención es obtener la revocatoria de la emitida en primer grado y, en esa medida, se acceda a las pretensiones impetradas, por lo que tal defecto es superable.

Ahora bien, no se aceptan las observaciones críticas que efectúa la réplica, pues el cargo plantea una clara discusión jurídica en la cual, sin controvertir los enunciados fácticos hallados por el Juez Colegiado, se pretende acreditar que este cometió una transgresión legal al no aplicar el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del principio de la condición más beneficiosa, y con tal fin postula que el requisito de semanas de cotización que allá contempla, puede verificarse en cualquier tiempo antes de la estructuración de la invalidez.

Tales supuestos fácticos son los siguientes: i) que la fecha de estructuración de invalidez del actor fue el 15 de mayo de 2008; ii) que su pérdida de capacidad laboral es del 66.38%; y iii) que cotizó 475.71 semanas al SGP en toda su vida laboral, de las cuales 25.57 se aportaron en los tres años anteriores a la fecha precitada.

Para responder el argumento presentado, sea lo primero recordar que esta Corte tiene establecido que, en principio, el derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento de la estructuración de dicho estado.

En ese orden, como tal hecho ocurrió el 15 de mayo de 2008, la contingencia está regulada por la Ley 860 de 2003, sin que sea dable acudir a la aplicación de la norma que refiere el censor en virtud del invocado mandato constitucional, pues la jurisprudencia de esta Sala tiene sentado que su aplicación, implica acudir a la norma inmediatamente anterior, puesto que *«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»* (CSJ SL2358-2017).

El criterio expuesto se reiteró recientemente en sentencia CSJ SL658-2018, que precisó:

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 concreto, el actor no cumple con las anteriores reglas, debido a que la fecha de estructuración de la invalidez acaeció con posterioridad al 26 de diciembre de 2006, debiéndose aplicar la norma vigente a la ocurrencia del riesgo, es decir la Ley 860 de 2003, cuyos presupuestos tampoco se lograron pues, tal como quedó anotado con antelación, no se discute que no alcanzó a cotizar 50 semanas en los tres años anteriores a aquel hecho.

Ahora bien, cabe aclarar que fue el principio de condición más beneficiosa y no el de favorabilidad, el que analizó el Tribunal a efectos de evaluar si por su virtud era dable aplicar el Acuerdo 049 de 1990, concluyendo en últimas que no era jurídicamente posible, por lo que, en cualquier caso, no pudo cometer la transgresión que le endilga.

Ciertamente, el principio de favorabilidad reclama su presencia cuando haya conflicto o duda sobre la aplicación de normas sociales vigentes, o acerca de las varias interpretaciones que pueda desprender la misma disposición normativa social vigente, evento en el cual se prefiere aquella que resulte más favorable al trabajador o afiliado (CSJ SL1922-2018), situación que no es la que se configuraba en el *sub lite*, pues lo que pretende el censor es la aplicación de una norma que no estaba vigente al momento de acaecer el riesgo.

Por último, cumple precisarle a la censura que en la materia que se estudia, esta Corte ha puntualizado que «*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*» (CSJ SL4650-2017), lo que tampoco ocurrió, pues quedó visto que la estructuración de la invalidez se dio con posterioridad a la norma cuya aplicación se pretende.

El cargo no prospera.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte demandante. Se fijan las agencias en derecho en

la suma de tres millones setecientos cincuenta mil pesos (\$3.750.000.00), que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XI. 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 por la Sala Décima de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín el ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011), en el proceso ordinario adelantado por **GUSTAVO ENRIQUE OSORIO VÉLEZ** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ