



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3



DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

Magistrado ponente

SL5327-2019

Radicación n.º 76012

Acta 41

Bogotá, D. C., veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **RICARDO ALFONSO PALTA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el 16 de agosto de 2016, dentro del proceso ordinario laboral que instauró contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Ricardo Alfonso Palta llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para que se declarara que tenía derecho a la pensión de invalidez, prevista en la Ley 100 de 1993, «*por haber perdido más del 50% de su capacidad laboral*»; que la fecha de estructuración acaeció el 21 de marzo de 2011; y, que cumplió con el requisito mínimo de semanas, «*por encontrarse afiliado al ISS desde junio de 2009 hasta julio de 2010*», a las que deben sumarse las cotizadas con el departamento del Cauca, que «*superan las 400 semanas*».

En consecuencia, solicitó el reconocimiento y pago de la prestación con retroactividad al 21 de marzo de 2011, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente o «*la suma que resulte probada en el proceso*»; la indexación, conforme al IPC certificado por el DANE, entre la fecha en que se le debió cancelar la mesada y en la que efectivamente se paguen; y, las costas del proceso.

Fundamentó sus pedimentos, en que fue servidor del Departamento del Cauca vinculado a la Caja Departamental de Previsión Social; que en el año de 1995, se afilió al ISS con el fin de cubrir los riesgos de IVM y como independiente desde junio 2009 hasta julio 2010, data en que se desafilió, por carecer de los ingresos económicos para sufragar los aportes a salud y pensión; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 78 años de edad, y con afectación de «*diferentes patologías que le imposibilitan laborar y conseguir los recursos para continuar cotizando*».

Señaló que fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de 78.39%, con fecha de estructuración 21 de marzo de 2011; que requirió a Colpensiones la pensión de invalidez, la cual le fue negada en dos oportunidades; que cotizó más de 400 semanas a la seguridad social, por lo que si existía algún ciclo que no se hubiera pagado, la accionada tenía la potestad de «*cobrar ese dinero o descontarlo de la pensión, pero no negar el derecho*»; que acudió a la acción de tutela pero que se le ordenó adelantar el respectivo proceso ordinario (fs.º 34 a 41).

Al contestar, la Administradora de Pensiones, Colpensiones, se opuso a todas las pretensiones; de los hechos inadmitió que el demandante hubiera laborado para el Departamento del Cauca, que fuera afiliado independiente entre el 2009 a 2010 y que tuviera la obligación de concederle la prestación, en caso de que se reportaran aportes no pagados.

Destacó que le negó al actor la pensión de invalidez, en razón a que no cumplió con el requisito de la fidelidad de cotización al sistema de pensiones, previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el «*artículo 11 de la Ley 797 de 2003*», y porque a la fecha de estructuración de la invalidez «*no se encontraba afiliado al sistema general de pensiones*».

En su defensa, propuso las excepciones que nombró: prescripción, inexistencia de reconocer el retroactivo pensional reclamado e inominada (fs.º58 a 64).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, en providencia del 13 de abril de 2016 (fs.º77 a 83), decidió:

Primero.- DECLARAR que al tenor de los (sic) previsiones de los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, y las consideraciones hechas en la parte motiva de este fallo, el señor RICARDO ALFONSO PALTA, [...], es beneficiario de la PENSI[Ó]N DE INVALIDEZ POR RIESGO COM[Ú]N, a partir del día 22 de Marzo de 2011, tal y como se ha dejado sentado en la parte considerativa de este fallo.-

Segundo: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES, a emitir una (sic) nuevo acto administrativo donde se ordene reconocer y pagar al señor RICARDO ALFONSO PALTA, PENSI[Ó]N DE INVALIDEZ causada de manera retroactiva desde el día 22 de Marzo de 2011, valores que debidamente calculados a la fecha de este fallo ascienden a la suma de **\$42.327.265** por mesadas pensionales causadas, más **\$5.577.599 pesos** por indexación de dichas mesadas, para un total a la fecha de este fallo de **\$47.904.864 derecho pensional que será exigible hasta tanto perduren la causales legales que han dado origen al mismo.**

Tercero: FACULTAR a la demandada COLPENSIONES, para que del retroactivo pensional a reconocer al actor por cuenta de este fallo judicial, DEDUZCA las sumas pagadas a la fecha al demandante por pensión mínima por fallo de tutela que le ampar[ó] provisionalmente dicho derecho emitido por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAY[Á]N de fecha 21 de Enero de 2015, y aquellos valores que resulten por aportes a pensión dejados de pagar oportunamente por el demandante entre el **Junio 1º de 2009 al 21 de Marzo de 2011**, con sus respectivos intereses, de conformidad con lo expuesto sobre el particular en esta sentencia.-

Cuarto.- NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por COLPENSIONES, por lo expuesto.

Cuarto.- (sic) **CONDENAR** a la Demandada al pago de COSTAS, incluidas las AGENCIAS EN DERECHO que de (sic) fijan en este fallo a favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES como demandada, en la suma equivalente al de las pretensiones dinerarias concedidas en este fallo. NOTIFIQUESE. Queda notificado en estrados este fallo a las partes. RAFAEL ARCESIO ORDOÑEZ ORDOÑEZ. Juez.

RECURSOS: SIN RECURSOS: - AUTO: se ORDENA REMITIR EL PROCESO en **grado jurisdiccional de consulta, tal y como** lo ordena el artículo 69 del CPL y de la SS., en tanto que el fallo que se notifica en esta audiencia fue adverso a una entidad pública del ordena (sic) nacional.- REMITIR en consecuencia inmediatamente el proceso al Superior con todos sus cuadernos y anexos.- **El auto se notificó en estrados.** Sin recursos. (Negrilla del texto original)

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, al resolver el grado jurisdiccional de consulta, en sentencia del 16 de agosto de 2016, revocó la de primer grado y, en su lugar, absolvió a la demandada de todas las pretensiones. No impuso costas (fs.ºcd.21 acta 22, cuaderno del Tribunal)

Precisó que, de conformidad a las situaciones de orden fáctico y jurídico del caso, y en observancia a los criterios jurisprudenciales vigentes, el problema jurídico giraba en torno a establecer si era procedente la pensión de invalidez deprecada.

Señaló que la respuesta al anterior planteamiento era «negativa», en tanto no podía presumirse que entre el 1 de junio del 2009 y el 21 de marzo de 2011, época en que se estructuró el estado de invalidez, se hubieran generado

cotizaciones a favor del actor que pudieran tenerse como válidas, pues *«dentro de ese periodo no existe constancia»* que estuviera *«prestando sus servicios de manera dependiente»*, única hipótesis que permitía dar aplicación a la *«regla jurisprudencial»*, en razón a que el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, preceptúa que las acciones de cobro *«sólo resultan viable frente a empleadores, más no respecto de los afiliados cuando ellos cotizan a título de trabajadores independientes»*, por lo que en este último evento, es el asegurado el responsable de *«pagar los aportes al sistema»*.

Dijo que la norma a aplicar en el *sub examine*, era el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en atención a que era el precepto vigente al momento en que se configuró la contingencia, en donde se consagra que *«tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que sea declarado inválido y acredite haber cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del citado estado»*.

A reglón seguido, consideró que:

En este caso conforme a la documental obrante al folio 3 del expediente se tiene que al Señor Ricardo Alfonso Palta le fue dictaminado una pérdida de capacidad laboral de origen común equivalente al 78.39% con fecha de estructuración 21 de marzo de 2011.

Asimismo, de los documentos visible a folios 5 y 11 se advierte que para la referida fecha del actor contaba con tiempos de servicio al sector público cotizados a CAJADER equivalente a 5 años 7 meses y 5 días y con 236.44 semanas cotizadas al ISS por servicios prestados al sector público particular y como trabajador independiente de los cuales sólo 42.85 corresponden

a cotizaciones efectuadas dentro del período comprendido entre el 21 de Marzo 2008 y el 21 de marzo de 2011, es decir, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez.

Así las cosas, indefectiblemente surgía como respuesta la pretensión principal del actor, que éste no cumplía con uno de los dos requisitos consagrados en la legislación vigente para el reconocimiento de la pensión solicitada para la fecha en que se estructuró su estado de invalidez, esto es, contar con un mínimo de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez.

En este punto y dados los fundamentos de la decisión que ahora se revisa, debe decirse que es cierto que en algunos eventos para efectos pensionales es dable contabilizar a favor del afiliado periodos que se encuentran insolutos de pago pero bajo el entendido que esos casos se circunscriben en los afiliados que se encuentran en el sistema, bajo el reporte de trabajadores dependientes, pues es claro que en estas oportunidades al tenor de lo dispuesto en los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993 es el empleador el responsable del pago de los aportes al sistema, pues está facultado para descontar del salario del trabajador el monto de las cotizaciones obligatorias que a éste le corresponden y ahí que para garantizar que esos recursos no se desvíen del sistema se haya facultado a las administradoras del régimen pensional para adelantar acción de cobro ante los empleadores con motivos del incumplimiento de las obligaciones para con el sistema, están en el artículo 24 de la Ley 100 del 93.

Aludió a la sentencia CSJ SL, 21 feb. 2012, rad, 36648, para estimar que:

[...] queda evidenciado que no era dable asumir en el caso del demandante que dentro del período comprendido entre el 1º de junio del 2009 y el 21 de Marzo 2011 se generaron cotizaciones a su favor ante la falta de cobro de las mismas por parte de la administradora del régimen pensional, porque conforme al historial laboral, no aparece reporte alguno que permite inferir que este prestó sus servicios para otra persona de manera dependiente y por el contrario lo que sí se advierte es que la vinculación al sistema se mantenía bajo la calidad de trabajador independiente, y bajo ese estado de cosas ninguna cotización era dable que se pudiera generar.

Por lo tanto, la Sala considera que fue desacertado partir de tales supuestos, para concluir que con las semanas causadas dentro de ese supuesto lapso de tiempo el actor reunió las 50 semanas

exigidas en el numeral primero del artículo 39 de la Ley 100 del 93 modificado por el artículo primero de la Ley 860 de 2003.

Explicó que tampoco era dable conceder la prestación en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en observancia al principio de la condición más beneficiosa «*bajo los alcances fijados por la Corte Constitucional*»; en razón a que el actor no cumplió con el mínimo de las 300 semanas exigidas al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, según el «*certificado de información laboral para efectos del Bono pensional*» (f.º10) y la historia laboral (fs.º11 a 12), pues solo alcanzó 90, que resultarían insuficientes para acceder al derecho pensional.

Manifestó que en el evento de que se llegara a tener en cuenta el tiempo de servicio en el que el demandante laboró para el Departamento del Cauca, dentro del período comprendido del 4 de marzo de 1991 al 1 de abril de 1994 que fueron cotizados a CAJADER, tampoco se cumpliría con la densidad de semanas requeridas, pues durante ese lapso correspondería a 161, que sumadas a las 90 que sí fueron cotizadas al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, arroja un total de 251 semanas.

Dicho lo anterior, indicó que:

[...] la fecha límite [es] el 1 de abril de 1994 y no el 30 de junio de 1995, como lo hizo el juez de tutela al reconocer de manera transitoria la pensión de invalidez del actor para la contabilización de las semanas en los términos del artículo 6 del Acuerdo 049 del 90, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como quiera que si bien no se desconoce que en virtud de lo

preceptuado en el párrafo del artículo 151 de la citada ley y el Decreto 691 de 1994, el sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental municipal y distrital empezaría a regir a más tardar el 30 de junio 1995, dentro del expediente se encuentra acreditado con la documental obrante a folios 8 del cuaderno de primera instancia, que para el empleador departamento del Cauca, el sistema entró en vigencia el 1 de abril de 1994.

En consecuencia, queda ahí evidenciado que las 300 semanas exigidas por el acuerdo del seguro social sólo podían ser contabilizadas para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez al actor con aplicación del principio de la condición más beneficiosa hasta el 1 abril del 94 y por ello no era dable reconocer ni aún por esta vía, la pensión reclamada por el demandante debiéndose ordenar en virtud del grado jurisdiccional de consulta la revocatoria de la sentencia que ahora se revisa.

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

Lo formula de la siguiente manera:

Se pretende con esta demanda, que la honorable SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CASE TOTALMENTE la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Popayán; que data del día 16 de agosto de 2016, [...] providencia que REVOCÓ la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán del día 13 de abril de 2016, que había estimado las pretensiones de la demanda inicial y en su lugar absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda.

Como consecuencia de la casación total de la sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán; objeto del presente recurso, solicito a la Honorable Sala de Casación Laboral, constituirse en sede de instancia para confirmar en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán del día 13 de abril de 2016.

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

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada de violar la ley sustancial, por vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 38, 39 y 40 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 48 y 53 de la C.N., como *«consecuencia de los errores evidentes de hecho originados en la apreciación errónea de las pruebas que adelante se señalan»*.

Enlista los siguientes yerros fácticos:

- 1. No dar por demostrado, estándolo, que el señor RICARDO ALFONSO PALTA estuvo afiliado y cotizando a COLPENSIONES desde junio de 2009 hasta julio de 2010.*
- 2. No dar por demostrado estándolo, que el demandante cotizó más de 50 semanas entre junio de 2009 y julio de 2010.*
- 3. No dar por demostrado estándolo, que el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez a cargo de COLPENSIONES.*
- 4. No dar por demostrado estándolo, que el demandante estuvo afiliado y cotizando más de 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.*

Denuncia como pruebas *«INDEBIDAMENTE APRECIADAS»*: *i)* comprobantes de pago de aportes para pensión de junio de 2009 y julio de 2010; *ii)* certificación de servicios prestados al Departamento del Cauca; *iii)* historia laboral; y, *iv)* calificación de pérdida de capacidad laboral.

Asegura que está «*probado*» que estuvo afiliado al ISS para cubrir los riesgos IMV, desde junio de 2009 hasta julio de 2010; que aunque «*no tiene en su poder los comprobantes de pago de todos los meses antes citados*», en tanto se trata de una persona de 78 años de edad, lo que no puede discutirse es que estuvo vinculado a la entidad de seguridad social, por más de 50 semanas en los 3 años anteriores al 21 de marzo de 2011, fecha de estructuración de la invalidez, según consta «*en el acto de calificación*»; máxime cuando los comprobantes de enero a julio de 2010 evidencian su cumplimiento con el sistema.

A continuación, señala que:

[...] si en gracia de discusión se aceptara que hubo omisión en el pago de alguno de los meses por no existir el soporte del pago, COLPENSIONES debió requerir al afiliado, entre enero y julio de 2010 cuando éste realizó los pagos de esos meses, para que corrigiera y pagara el mes faltante, pues se entiende que si pagó esos meses, para él los anteriores estaban cancelados.

De esta manera las pruebas obrantes en el expediente conducen a colegir que el demandante sí estuvo como afiliado y cotizando a la demandada por más de 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, pero en lugar de ello el Tribunal interpretó que no había cumplido con la obligación de aportar 50 semanas en los últimos 3 años y no tuvo en cuenta en total había cotizado más de 400 semanas en su vida laboral, lo que supera el mínimo de las 50 semanas que el sistema exige para acceder a la pensión de invalidez.

Con este proceder el Tribunal violó por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 38, 39 y 40 de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de invalidez de origen común, en relación con los artículos 48 y 53 de la C.N. que establecen la seguridad social como un servicio público obligatorio, al que deben aplicarse los principios del artículo 53 de la C.N. es especial los de situación más favorable al trabajador en caso de duda en la interpretación y aplicación de las fuentes formales del derecho, pues en el presente caso se opt[ó] por la situación menos favorable para un anciano de 78 años de edad que ha perdido casi el 80% de su capacidad laboral.

VII. RÉPLICA

La Administradora Colombiana de pensiones, Colpensiones, indica que el escrito de casación presenta deficiencias de técnica que impiden su estudio de fondo, puesto que a pesar de que la acusación se encamina por la vía indirecta, su desarrollo corresponde a un debate netamente jurídico; además, que no se atacaron todos los fundamentos en lo que se soportó la sentencia impugnada, como lo es la *«no existencia del deber legal de cobro por parte de Colpensiones frente a los trabajadores independientes en estado de mora»*, ni la inaplicación del principio de la condición más beneficiosa, con base en las pautas jurisprudenciales establecidas por esta Corte.

Añade que en todo caso el recurso de casación fracasaría, porque el colegiado no incurrió en los errores de hecho que se le atribuyen, pues acertó cuando coligió que de la historia laboral del actor se desprendía, que sufragó *«300 días en los 3 años anteriores al momento de la estructuración de su estado de invalidez, o 42.857.143 semanas de cotización»*, cifra que se obtiene a través de una *«simple»* operación matemática.

VIII. CONSIDERACIONES

El Tribunal para revocar la decisión de primer grado, tuvo en cuenta el art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado

por el art. 1 de la Ley 860 de 2003, el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el art. 1 del Decreto 758 de ese año, el dictamen de calificación de invalidez, la certificación expedida por el Departamento del Cauca y la historia laboral del afiliado, con los cuales concluyó que el demandante no tenía derecho a la pensión de invalidez, en razón a que no reunió la densidad de semanas exigidas por las normas en mención.

Por su parte, el recurrente le atribuye al juez colegiado haberse equivocado en su decisión, pues a su juicio, cotizó más de 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, con el argumento de que debía tenerse como válidos los ciclos comprendidos «entre el 22 de marzo de 2008 y el 21 de marzo de 2011», en tanto los comprobantes de pago, evidenciaban su cumplimiento al sistema y que caso de que no se hubieran cancelado, era obligación de la administradora requerirlo mediante el procedimiento de cobro coactivo.

La controversia que le asiste resolver a esta Sala, radica en punto a determinar, si el *ad quem* incurrió en los errores de hecho que le endilga la censura, al concluir que no tenía derecho a percibir la pensión de invalidez.

Dada la vía de ataque elegida, se procede a estudiar el *sub examine*, no sin antes precisar que se encuentran por fuera de debate los siguientes aspectos fácticos:

i) Que Ricardo Alfonso Palta, nació el 11 de junio de 1936 (f.º2); ii) que es beneficiario del régimen de transición, pues al 1 de abril de 1993, tenía más de 40 años de edad; y, iii) que el grupo médico laboral de Colpensiones le determinó una pérdida de capacidad laboral del 78.39%, por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración 21 de marzo de 2011 (f.º3).

Al descender a las pruebas denunciadas por apreciación indebida, se observa que:

La documental expedida el 12 de junio de 2013, por el técnico administrativo de Talento Humano de la Gobernación del Departamento del Cauca (fs.º4), da cuenta que el actor prestó sus servicios en calidad de empleado público a la Secretaría de Hacienda Departamental, en el cargo de «ADMINISTRATIVO AGENTE DE RESGUARDO», desde el 4 de marzo de 1991 hasta el 14 de mayo de 1998, con una asignación final de \$203.832 mensuales y que durante ese lapso se realizó aportes a CAJADER, según consta en la «CERTIFICACIÓN DE SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN Y EMISIÓN DE BONOS PENSIONALES» (f.º10), que resultan 2.631 días, equivalentes a 375.86 semanas.

Del documento proveniente del grupo médico laboral de Colpensiones de enero de 2013, se desprende que la administradora le determinó al demandante una pérdida de capacidad laboral del 78.39%, por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración 21 de marzo de 2011,

según el Manual Único para la calificación de la invalidez adoptado por el Decreto 917 de 1999 (f.º3).

De la historia laboral de Ricardo Alfonso Palta (fs.º11 a 12), se encuentra que durante el lapso comprendido del 11 de octubre de 1984 al 31 de mayo de 2010, cotizó 236,44 semanas al ISS, y que entre el 21 de marzo de 2008 al mismo día y mes de 2011, solo se ve reflejado el pago de los siguientes ciclos: «200906» a «200911» y «201002» a «201005», con la anotación «*Trabajador independiente*».

Visto lo anterior, la Sala colige que el juez de apelaciones no se equivocó al apreciar los elementos de convicción analizados, pues en efecto el demandante durante los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tan solo cotizó 43.29 semanas.

En cuanto a los dos comprobantes de pago recaudados por el BANCO AV VILLAS números 24871396-4 de junio de 2009 y 43400794-3 de julio de 2010, respectivamente, por valor de \$285.000 y \$294.400, debe advertirse que, aunque se acusa por apreciación errónea, lo cierto es que el juzgador de segundo grado no lo valoró; sin embargo, ello resulta intrascendente, como quiera que no se individualizó a favor de quién se realizaron esas consignaciones, ni por qué concepto.

En lo relativo al argumento traído por la censura, de que era obligación del ISS realizar los mecanismos de cobro

correspondientes a fin de sufragar las semanas faltantes durante el lapso comprendido «entre el 22 de marzo de 2008 y el 21 de marzo de 2011», debe precisarse, que el ordenamiento jurídico no diseñó «un sistema de sanción de tipo pecuniario e inmediato, con el fin de recaudar dicha cartera vencida», para los trabajadores independientes, como sí lo hizo para los dependientes.

La anterior postura, se encuentra, entre otras, en la sentencia SL13077-2014, allí recordó que:

[...] la inscripción a la seguridad social de los trabajadores independientes, se adoptó de manera obligatoria a partir de la L. 797 / 2003, la legislación no diseñó, paralelo a ello, como si lo hizo para los otros afiliados, un sistema de sanción de tipo pecuniario e inmediato, con el fin de recaudar dicha cartera vencida, como es la acción de cobro a favor de la entidad de seguridad social, lo cual no obedece a un silencio de la Ley, sino por el contrario, a su deliberado propósito de gravar únicamente con tal procedimiento a los obligados en el sistema de trabajadores dependientes, toda vez que el art. 28 del D. 692/1994 dispone que «... Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido».

Igualmente, el art 35 del D. 1406/1999 establece que «Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente».

Llegados a este punto, brota una conclusión: los trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte «por períodos mensuales y en forma anticipada», de manera que las «novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente»; por tanto, las cotizaciones realizadas en forma «extemporánea» si bien son eficaces, no surten efecto retroactivo.

Con todo, debe recordarse que la jurisprudencia de esta Corporación, ha adoctrinado que la controversia en materia pensional por estado de invalidez de origen común, debe analizarse bajo la normatividad que se encuentre vigente al momento de la contingencia o, del hecho generador del riesgo, situación que se determina con el dictamen de calificación y estructuración de la pérdida de capacidad laboral del asegurado; igualmente, se ha reiterado que por regla general, solo es dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, con la norma inmediatamente anterior a la que rige en la época del siniestro, siempre y cuando el afiliado tenga una expectativa legítima, pues no es permitido efectuar una búsqueda histórica de las leyes precedentes, a fin de encontrar la más conveniente.

En ese orden, al estructurarse la pérdida de capacidad laboral de Ricardo Alfonso Palta el 21 de marzo de 2011, y ser la Ley 860 de 2003, la norma legal vigente, únicamente es posible aplicar en virtud del principio de la condición más beneficiosa la Ley 100 de 1993, en su versión original, mas no el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el artículo 1º del Decreto 758 del mismo año.

Desde este lineamiento, se procede a estudiar la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, bajo la óptica de la sentencia CSJ SL2358-2017, nueva doctrina de esta Corporación sobre la aplicación del principio de la

condición más beneficiosa, en el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003, que instruyó:

[...] 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.

[...]

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.

[...]

Lo discurrido se explica de la siguiente manera:

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

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

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

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

[...]

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

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

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

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

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

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

En esta hipótesis la situación jurídica concreta aflora si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, (i) no estaba cotizando al sistema, (ii) pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 26 de diciembre de 2002 y 26 de diciembre de 2003.

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

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

3. Recapitulación

Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.

c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.

d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.

c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.

d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a dicho estado, es beneficiario de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, al afiliado no lo cobija tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente será beneficiario de la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa. La sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, al afiliado no lo ampara dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002, no posee una situación jurídica concreta.

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

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

Así, el afiliado no queda desamparado.

F. Otra protección

Tampoco hay que pasar por alto, otra trascendental protección consagrada en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, según la cual «Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años».

Así las cosas, se colige que el demandante no se encuentra dentro de las hipótesis o posibilidades establecidas por esta Sala de Casación Laboral de la Corte, en la sentencia citada en líneas anteriores, para acceder a la pensión de invalidez, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, toda vez que cotizó de forma interrumpida del 11 de octubre de 1984 al 31 de mayo de 1998, del 1 de junio al 30 de noviembre de 2009 y del 1 de febrero al 31 de mayo de 2010 (fs.º 11 a 12).

Tampoco el recurrente cumplió con lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, ya que si bien aportó las 25 semanas, dentro de los últimos 3 años anteriores a la invalidez, lo cierto es que no acreditó el 75% de las mínimas requeridas para la pensión de vejez, dentro de las siguientes dos posibilidades:

i) En atención a que es beneficiario del régimen de transición y conforme con lo previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, el afiliado necesitaba demostrar por lo menos 375 semanas, dentro de los últimos 20 años al cumplimiento de la edad, que resulta del 75% de las 500 semanas exigidas en el aludido precepto legal. En este caso tan solo alcanzó «236,44» al ISS, insuficientes para acceder al derecho deprecado (CSJ SL3018-2014).

ii) Así mismo, acontece en aplicación al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9 la Ley 797 de 2003, puesto que aportó al sistema un total de «612.3 semanas», incluidos los tiempos de servicio cotizados a CAJADER, a través del Departamento del Cauca, con las cuales no se reúnen el 75% de las 1000 semanas que preceptúa la norma, esto es, 750 semanas. (CSJ SL942-2018).

En consecuencia, el cargo no prospera.

Las costas en casación estarán a cargo del recurrente, en razón a que hubo réplica y no salió avante el recurso, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de \$4.000.000. Líquidense de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

IX. 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 proferida el 16 de agosto de 2016, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **RICARDO ALFONSO PALTA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

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