

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

Magistrado ponente

SL8644-2014

Radicación n.º 50259

Acta 31

Bogotá, D. C., tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el 30 de noviembre de 2010, en el proceso que instauró JESÚS ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ contra BBVA HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Téngase en cuenta para los efectos a que haya lugar, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., como entidad absorbente del fondo de pensiones demandado, conforme a la manifestación del representante legal de la primera de las mencionadas, quien ratificó el poder del procurador judicial de la accionada que venía actuando, según el escrito obrante a fol. 44 del cuaderno de la Corte.

#### ANTECEDENTES

El accionante demandó en proceso laboral al BBVA HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A., en procura de obtener condena por pensión de invalidez de origen común, en un monto no inferior al salario mínimo legal, a partir del 18 de julio de 2008, fecha de estructuración de la invalidez, inaplicando la L. 860/2003 art. 1º y por consiguiente dando aplicación a la L.100/1993 art. 39 en su versión original, junto con el retroactivo de mesadas causadas y adicionales de junio y

diciembre, e intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la nueva ley de seguridad social, causados desde el 20 de octubre de 2008, lo que resulte ultra o extra petita y a las costas.

Como fundamento de tales pedimentos, argumentó, en resumen, que nació el 23 de marzo de 1957 y tiene más de 51 años de edad; que era un trabajador dependiente, vinculado laboralmente con la compañía Flores El Trigo Ltda., desde el 17 de julio de 2002, en el cargo de operario agrícola; que luego se afilió a la administradora de pensiones demandada, a la cual canceló los aportes de ley, contando con un total de 312,85714 semanas de cotización, equivalentes a 2.190 días; que el 17 de diciembre de 2006 sufrió un accidente de tránsito que le ocasionó fractura de columna lumbar y lesión de nervios del cuello que van hacia el brazo, siendo valorado para determinar la pérdida de capacidad laboral el 1° de julio de 2007 por el médico del seguro previsional, calificación que arrojó un porcentaje del 44,21% con fecha de estructuración 25 de abril de 2007; que interpuso recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, la cual mediante nuevo dictamen del 29 de julio de 2008, determinó que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era de 52,90% de origen común, con estructuración que data del 18 de julio de 2008.

Continuó diciendo que elevó solicitud de pensión de invalidez a la sociedad demandada, que le fue negada con la comunicación JB-08-7924 del 20 de octubre de 2008, bajo el argumento de que si bien cumplía con el requisito de las 50 semanas de cotización en los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que contaba por contar en ese lapso con 153,86 semanas, no tenía satisfecho el requisito de la fidelidad al sistema de pensiones, por cuanto para el presente caso el 20% del tiempo de cotización requerido equivale a 327,20 semanas y, entre el momento que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de su invalidez, tan solo alcanzó a cotizar 308,43 semanas, cuando era necesario que acreditara 327.2 semanas cotizadas. Aduce que los términos de la L.860/2003 art. 1° a todas luces son inaplicables por su inconstitucionalidad, conforme a la CN art. 4°, por ir en contravía del principio de progresividad que es de rango constitucional; que su núcleo familiar, esposa e hijos, dependen económicamente de su trabajo, por ser la única fuente de subsistencia y la posibilidad de tener afiliación por salud, situación que se afectó con su incapacidad laboral. Finalmente agotó el requisito de procedibilidad consagrado en el CPT y SS art. 6°.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas. En relación con los hechos aceptó la mayoría, excepto en cuanto a la inaplicación del requisito de fidelidad o permanencia en el sistema, aspecto que negó aclarando que para el momento en que se estructuró la invalidez del actor se encontraba en pleno vigor tal exigencia, según lo establecido en el original artículo 1° de la L. 860/2003, que era de obligatoria observancia. Propuso como excepción previa la de prescripción y de fondo la de inexistencia de toda obligación y la misma prescripción.

En su defensa agregó que solo le asiste el derecho a la devolución de saldos de que trata la L. 100/1993 art. 72.

En la primera audiencia de trámite, el Juez de conocimiento, que lo fue el Laboral del Circuito de Rionegro, declaró no probada la excepción de prescripción que se formuló como previa (fol. 133 del cuaderno del Juzgado).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Laboral del Circuito de Rionegro, puso fin a la primera instancia mediante fallo

calendado 13 de septiembre de 2010, Condenó a BBVA HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A., a reconocer y pagar al demandante la pensión de invalidez, sin que la misma pueda ser inferior al salario mínimo legal vigente para la época, a partir del 18 de julio de 2008, cuando se estructuró la invalidez, debiendo cancelar las mesadas causadas así como las adicionales, junto con los intereses moratorios contemplados en la L. 100/1993 art. 141 sobre cada una de las mesadas adeudadas hasta que se haga efectivo su pago, y a las costas del proceso.

Para arribar a esa decisión, el a quo estimó que la exigencia de la fidelidad era inexequible, tal como lo definió la Corte Constitucional en sentencia C-428 del 1° de julio de 2009, que transcribió en extenso, por lo que en este asunto el demandante no tenía por qué cumplirla para poder acceder a la pensión de invalidez, máxime cuando ostenta una pérdida de capacidad laboral del 52.90% de origen común que se estructuró el 18 de julio de 2008 y cuenta con más de 50 semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, concretamente 153,86 semanas.

#### SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, que conoció del recurso de apelación de la parte demandada, a través de la sentencia fechada 30 de noviembre de 2010, revocó el fallo de primer grado en su integridad, para en su lugar, absolver a la administradora de pensiones demandada de todas las súplicas incoadas en su contra, sin costas en la alzada.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal comenzó por advertir, que no era objeto de discusión el estado de invalidez del demandante, que fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 52.90% con fecha de estructuración 18 de julio de 2008. Tampoco que el afiliado completó el requisito de la densidad de semanas, esto es, 50 dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la invalidez. Es por esto que la negativa de la demandada a reconocer el derecho reclamado fue únicamente por la falta de fidelidad al sistema.

Adujo que para el momento de la estructuración de la invalidez, la norma que gobernaba la situación pensional del actor era la L. 860/2003 art. 1° que modificó la L.100/1993 art. 39, la cual no era posible que se inaplicara con base en la declaratoria de inexequibilidad según la sentencia de la CConst. C-428, 1° jul. 2009, dado que tal decisión no produjo efectos hacia el pasado, como quiera que la invalidez ocurrió con anterioridad al citado pronunciamiento de constitucionalidad.

Transcribió la citada disposición legal en su texto original, que sostuvo era la aplicable al caso. Señaló que no desconocía la tesis de la progresividad esbozada por la Corte Constitucional, en cuanto a que una ley posterior no puede hacer más gravosa la situación de un asegurado frente a la ley anterior y, por consiguiente, de darse una regresividad por un cambio legislativo se genera la inconstitucionalidad e inaplicación de la norma cuestionada. Pero que tampoco le era ajeno al Tribunal que para la inaplicación de un mandato legal por razón del «principio de progresividad», se requiere la comprobación en el caso concreto de la afectación de derechos fundamentales del afiliado por razón de la aplicación de preceptos de tránsito normativo, en este caso para obtener la pensión de invalidez.

Indicó que sin embargo, para salvaguardar valores jurídicos de un estado social de derecho, tales como la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, entendidos como derechos fundamentales, se

debe atender en forma obligatoria el precedente jurisprudencial vertical, o de lo contrario el Juzgador debe argumentar las razones para disentir y apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su doctrina probable. En este sentido, dijo que sobre el tema la Sala de Casación Laboral viene sosteniendo que la L. 860/2003 desde su publicación es aplicable de manera inmediata, conforme a lo preceptuado en el CST art. 16, que también resulta aplicable a asuntos de seguridad social, lo que lleva a que el requisito de fidelidad al sistema debe exigirse durante el tiempo que tuvo vigencia la norma. Máxime que la sentencia CConst. C-428, 1º jul. 2009, tiene efectos solo hacia el futuro, en la medida en que allí no se previó ningún efecto en forma retroactiva (Sentencias CSJ SL, 25 may, 22 jun. y 24 ag. de 2010, rad. 38023, 39792 y 40884, respectivamente). Tesis que acoge para concluir que en el asunto a juzgar, el operador jurídico inexorablemente habría tenido que aplicar dicha exigencia, pues de lo contrario sería abrir la posibilidad de revivir conflictos jurídicos resueltos y cobijados por la presunción de legalidad y cosa juzgada, lo que significa que el a quo se equivocó al inaplicar el requisito de fidelidad para conceder la prestación económica.

Destacó que el accionante durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración cotizó más de 50 semanas pero no acreditó el porcentaje de fidelidad al sistema entre el cumplimiento de los 20 años de edad y la primera calificación de su invalidez, en que requería de 311,38 semanas de tiempo cotizado, ya que solamente cuenta con 248,29 semanas, como tampoco tendría las semanas en el evento de tomarse la fecha del último dictamen de la Junta de Calificación de invalidez, pues necesitaría de 332,46 semanas cotizadas, circunstancia le impide acceder a la pensión implorada.

## RECURSO DE CASACIÓN

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

## ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte **CASE** totalmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, se confirme el fallo de primer grado que condenó a la pensión de invalidez, junto con el retroactivo de mesadas causadas y las adicionales, así como los intereses moratorios, y se provea lo que corresponda por costas. Subsidiariamente persigue que la Corte, actuando como Tribunal de instancia, revoque la decisión del a quo, a fin de que sean acogidas las pretensiones de la demanda inicial, en aplicación la excepción de inconstitucionalidad consagrada en la CN art. 4º, que lleve a la inaplicación de la L. 860/2003 art. 1º.

Con tal propósito formuló tres cargos, por la causal primera de casación laboral, que merecieron réplica, los cuales se estudiarán en el orden propuesto.

## PRIMER CARGO

Atacó la sentencia recurrida de violar la ley sustancial, por la vía **directa**, en el concepto de **infracción directa** de los artículos «26 de la Ley 16 de 1.972, los artículos 1, 2, 5, 6, 9 y 11 de la parte primera de la Ley 74 de 1.968; los artículos 1, 2 y 9 de la Ley 319 de 1.996; los artículos 1, 2, 4, 9, 13, 25, 29, 47, 48, 53, 83, 85, 93, 209, 243 y 366 de la Constitución Política; los artículos 16 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 10, 11, 13, 38, 39 (modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2.003, a su vez modificado por la Sentencia C-428 de 01 de julio de 2.009), 40, 59, 60, 69, 141 y 288 de la Ley 100 de 1.993».

En la sustentación del cargo el recurrente expuso que el Tribunal desconoció abiertamente el «principio de progresividad» en materia de seguridad social, al no acoger lo enseñado por la Corte Constitucional en su abundante jurisprudencia sobre esta precisa temática, según la cual dicho principio constituye el rango esencial de la seguridad social, pues cualquier modificación legislativa que disminuya la protección de los derechos sociales debe contar con una justificación y un suficiente apoyo argumentativo para la validez de ese paso regresivo; de lo contrario todo retroceso será inconstitucional. Transcribió varios apartes de la sentencia C-428 de 2009 que declaró inexecutable el requisito de fidelidad contenido en la L.860/2003, art. 1° numerales 1° y 2°, cuya motivación estuvo enmarcada en el atentado de tal exigencia contra el principio de progresividad y la prohibición de la regresión establecida en la CN arts. 48 y 53 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Especificó que la CN art. 9 dispone que el Estado colombiano debe acatar los principios del derecho internacional, entre ellos el de «Pacta Sunt Servanda», contemplados en los artículos 18, 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados que exige a los Estados el cumplimiento de los compromisos adquiridos, sin que sea de recibo su incumplimiento, invocando o amparándose en disposiciones internas contrarias a lo pactado.

Manifestó que el Tribunal dejó de aplicar en este asunto el bloque de constitucionalidad al desconocer los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia en materia de derecho al trabajo y de la seguridad social. Además, tampoco consideró los principios de la condición más beneficiosa y el de favorabilidad. Agregó que:

Una vez desaparecidos los efectos jurídicos de la denominada “fidelidad al sistema”, a través de la Sentencia C-428 de 2.009, desaparecen los fundamentos de hecho y de derecho que contemplaba esa primigenia norma -artículo 1 de la Ley 860 de 2003, numerales 1 y 2-, sin que sea dable al operado (sic) judicial hacerle seguir produciendo efectos; además, es claro, que tras la Sentencia (sic) de Constitucionalidad referida, sólo se exige para acceder a la pensión de invalidez de origen común, sea por enfermedad o por accidente, la acreditación de un mínimo de 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez; y, conforme al artículo 288, citado, en tanto el artículo 1 de la Ley 860 de 2.003 fue modificado, no cabe duda acerca de que, el texto de la disposición reformada, sin la exigencia del requisito de fidelidad al sistema, debió ser aplicada por el Tribunal de instancia, al estimarse más favorable ante el primigenio texto del artículo 1 de la Ley 860 de 2.003.

Remató diciendo que el ad quem no hizo cosa distinta que aplicar una norma más gravosa y formalmente inexecutable, en desmedro de los principios de cosa juzgada constitucional (CP art. 243) y situación más favorable (CN art. 53), impidiéndole al actor alcanzar su pensión de invalidez, cuando ese derecho debió reconocerse al contar con el requisito de las 50 semanas de cotización en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, junto con los intereses moratorios previstos en la L. 100/1993 art. 141.

## RÉPLICA

A su turno la OPOSICIÓN solicitó de la Corte rechazar el cargo, por cuanto el Tribunal si tuvo en cuenta el principio de progresividad en materia de seguridad social. Es así, que citó como antecedente lo dicho en la sentencia de la CSJ SL, 2 sep. 2008, rad. 32765, analizando cómo debe aplicarse el mismo, sin desconocimiento de las leyes colombianas y las normas del derecho internacional que lo han desarrollado, acogiendo la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en relación con esta temática. Por ende, no se configura la transgresión de la

ley sustancial denunciada.

## CONSIDERACIONES

Dada la vía directa escogida para encauzar el ataque, son hechos indiscutidos los siguientes: (I) Que el demandante es afiliado a BBVA HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; (II) Que tiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 52.90%, con fecha de estructuración del estado de invalidez del 18 de julio de 2008; (III) Que de lo cotizado durante su vida laboral al Sistema General de Pensiones, 153,86 semanas corresponden a los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tal como lo aceptan las partes tanto en la demanda inaugural como en su contestación (Hecho sexto, folios 4 y 107 - 108 del cuaderno del Juzgado).

Igualmente, no es materia de cuestionamiento en la esfera casacional, que el actor elevó a la administradora de pensiones accionada, solicitud de pensión de invalidez de origen común, la cual le fue negada por no tener cumplido uno de los requisitos de la L. 860/2003 art. 1º, correspondiente al de la fidelidad al sistema, pues requería tener 327,20 semanas cotizadas entre el momento en que cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de su invalidez y solo alcanzó un total de 308,43 semanas, como da cuenta la comunicación emanada del fondo de pensiones convocado al proceso JB-08-7924, fechada 20 de octubre de 2008, obrante a fls. 86 a 89 del cuaderno principal.

Vista la motivación de la sentencia impugnada, el Tribunal revocó el fallo condenatorio de primer grado para absolver totalmente a la demandada. En esencia, porque estimó que la situación pensional del demandante debía solucionarse con la norma vigente para el momento de la estructuración del estado de invalidez, que exigía la fidelidad al sistema que el citado afiliado no cumplía, esto es, la L. 860/2003 art. 1º, que modificó la L. 100/1993 art.39, en su versión original antes de su declaratoria de inexecutable parcial, tal como lo adocrinó la Sala de Casación Laboral en sentencias de la CSJ SL, 25 may, 22 jun. y 24 ag. de 2010, rad. 38023, 39792 y 40884, respectivamente. Ello con base en la aplicación inmediata de la ley en los términos del CST art. 16, que igualmente tiene cabida en asuntos de seguridad social, y dado que la sentencia de la CConst. C-428, 1º jul. 2009, tiene efectos solo hacia el futuro, por cuanto en ella no se previó ningún efecto retroactivo, todo lo cual lleva a inferir que el a quo se equivocó al inaplicar el requisito de fidelidad para así conceder la prestación económica por invalidez.

De la lectura del cargo se deduce que el recurrente busca que se determine jurídicamente que con fundamento en el «principio de progresividad» en materia de seguridad social, el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez por origen común, ya que con amparo en aquel no es posible exigir el requisito de la fidelidad al sistema, en la medida que es una medida regresiva que por mermar la protección de los derechos sociales es a todas luces inconstitucional. Además de que esta exigencia va en contravía de la prohibición de la regresión establecida en la CN arts. 48 y 53 y de las normas del derecho internacional que han desarrollado tal principio. Que una vez desaparecieron los efectos jurídicos de la denominada «fidelidad al sistema», con la sentencia de la CConst., C-428/2009, no es posible que los operadores judiciales sigan haciéndole producir efectos a la primigenia norma de la L. 860/2003 art. 1, numerales 1º y 2º, debiéndose conceder el derecho si el asegurado inválido cuenta con un mínimo de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la invalidez, como en este caso acontece, sin cumplir adicionalmente con ninguna fidelidad.

Pues bien, planteadas así las cosas, la razón está de parte de la censura y no del Tribunal, en la

medida en que el requisito de la fidelidad al sistema, estipulado en la mencionada L. 860/2003 art. 1° numerales 1° y 2°, impuso una evidente condición regresiva, comparativamente con lo establecido por la normativa anterior, esto es, la L.100/1993 art. 39. Lo que significa, que en este asunto la segunda instancia se equivocó al no acoger el «principio de progresividad» e inaplicar tal exigencia, lo cual no obedece a darle efectos retroactivos a dicha decisión de inexequibilidad (Sentencia CConst. C-428/2009), sino por la patente contradicción de ese requisito con el citado principio constitucional.

Es preciso aclarar que las sentencias de la Sala en que se apoyó el Tribunal, eran aquellas que contenían el anterior criterio de esta Corporación, que por su nueva composición reexaminó el tema y fijó por mayoría el nuevo criterio que actualmente impera.

Sobre la inaplicación del requisito de «fidelidad» por virtud del principio de progresividad y no regresividad, que se exigía tanto para la pensión de sobrevivientes como la de invalidez, en sentencia reciente de la CSJ SL-3178-2014, 29 en. 2014, rad. 56545, se condensó el actual criterio mayoritario de la Sala y si bien en esa oportunidad se trataba de un caso en el que se debatía dicha exigencia a la luz de la L. 797/2003 art. 12 literales a) y b), también declarados inexequibles con la sentencia CConst. C-556/2009, sus enseñanzas y directrices son igualmente aplicables al presente asunto. En esa ocasión se puntualizó:

(...) el requisito de «fidelidad» que reclama la censura, esta Corporación, por mayoría, lo viene inaplicando con base en el denominado principio de progresividad y no regresividad. Ha adoctrinado que no es dable exigir tal requisito para obtener la pensión de sobrevivientes, aun cuando el derecho se hubiera causado con antelación a la sentencia de la CConst, 556 del 20 de agosto de 2009, que lo declaró inexequible, y en sentencia de la CSJ Laboral, 25 de julio de 2012, Rad. 42501, reiterada en casación del 16 de octubre de 2013, Rad. 45261 (SL-727-2013), tuvo la oportunidad de fijar el actual criterio que impera, en la que se puntualizó:

“El principio de progresividad y no regresividad está consagrado, tanto en la Constitución Política de 1991 (artículo 48), como en el “Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC)”, ratificado por Colombia, el cual debe tenerse en cuenta por virtud de lo establecido en el artículo 93 superior, a la hora de interpretar los derechos y deberes constitucionales.

El artículo 12 de la Ley 797 de 2003, estipuló que, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el afiliado además de haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres años anteriores a su muerte, tuviera una fidelidad al sistema de seguridad social, consistente en haber cotizado el 20% (Sentencia C-1094 de 2003) “del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento”.

Como atrás se dejó sentando el causante cumplió la primera exigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, consistente en cotizar las cincuenta (50) semanas en el término allí señalado.

Sin embargo, no cumplió con la segunda condición exigida por la mencionada norma, cuál era el requisito de fidelidad al sistema, pues, según el ISS, solo acreditaba un 5,33% de fidelidad de cotización, requiriendo un porcentaje mucho mayor y equivalente al 20% del lapso comprendido entre la fecha de cumplimiento de los veinte años de edad y la data de la muerte.

Pero sucede que esa segunda exigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, impuso una evidente condición regresiva, comparativamente con lo establecido por la normativa anterior, es decir, por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Por manera que el Tribunal erró al no aplicar el

principio de progresividad, dado que, al exigir el citado requisito de fidelidad, transgredió tal principio constitucional.

Si bien el principio de progresividad no es un principio absoluto, cuando se restrinja el campo de aplicación de un derecho de esta índole, se impone al Estado una carga argumentativa que no se dio con suficiente solidez en el caso del requisito de fidelidad impuesto por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

El principio de progresividad y no regresividad posee la naturaleza de norma jurídica, en el sentido de marcar una directriz al momento de aplicar las reglas de derecho.

Debe recordarse que la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de dicho requisito de la fidelidad al sistema general de pensiones, por medio de la sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009. Es decir, en una fecha posterior a la de la muerte del afiliado José Fernando Pachón Estrada. Pero la inaplicación de la exigencia de fidelidad al sistema, debió hacerse por el Tribunal, no por razón de darle efectos retroactivos a dicha decisión de inexequibilidad, sino por la particular circunstancia, en este caso, de la patente contradicción que implicaba la exigencia del requisito aludido con respecto al principio constitucional tantas veces mencionado de la progresividad.

La Sala, en sentencia reciente del 8 de mayo de 2012 radicado 41832, en un caso en el que se concedió la pensión de invalidez de origen común a un afiliado que contaba con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pero le faltaba cumplir con el requisito de fidelidad al sistema previsto en el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, que finalmente se inaplicó, sobre la protección de derechos frente a los cambios normativos en materia pensional, puntualizó:

En ese orden, la perspectiva con la que ha de mirarse la normativa pensional y su aplicación en un caso concreto no puede reducirse, a la escueta construcción de un silogismo lógico en el que, dada una premisa mayor de la norma formal vigente, en la cual se contiene un supuesto fáctico, si la premisa menor coincide con el hecho subsumido en la ley, deba hacerse efectiva la consecuencia que en abstracto la regla predica. Ahí está la razón por la cual el legislador tiene en cuenta valores y principios sociales que permitan dotar de justicia a la norma jurídica que la Constitución le ha encargado crear.

Por esta potísima razón, el juzgador debe asumir un enfoque multidimensional de ella, a fin de armonizarla en el contexto general del orden jurídico, alejándose de su aplicación mecánica que, a su vez, evite la posibilidad de efectos manifiestamente nocivos, por injustos o absurdos. Es en este sentido, en el cual debe enmarcarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con relación al tema reseñado y que, a no dudarlo, emerge con contenido propio del principio protector de las normas de la seguridad social, así como de los postulados consagrados en la Constitución Política, y en particular de su artículo 53 que prohíbe el menoscabo de los derechos sociales.

En ese contexto, la aplicación de principios responde a la naturaleza irrenunciable del derecho de la seguridad social, y a los valores de solidaridad, universalidad y progresividad de su cobertura, inspiradores del sistema integral adoptado en Colombia desde la Constitución de 1991.

Es que si el sistema pensional de reparto simple o de prima media en Colombia contiene un nuevo principio, diferente del que rige en el derecho laboral, a pesar de describirse en términos similares, conforme al cual, cuando el esfuerzo económico de un afiliado ha alcanzado el mínimo



de contribuciones que la ley vigente señala como necesarios para que se le reconozca una determinada pensión, un cambio legislativo no puede aniquilar la eficacia de tales cotizaciones so pretexto de que falta por cumplirse la condición señalada en la ley para hacerlo exigible. Este hecho futuro del cual pende la efectividad del derecho pensional, como, por ejemplo, la estructuración de una incapacidad suficiente para que al afiliado se le declare inválido, o por morir antes de cumplir la edad señalada para su jubilación, no ha de frustrarse por la modificación de la ley bajo la cual cumplió con “la mutua ayuda entre las [...] generaciones” (artículo 2º-b, Ley 100 de 1993), soporte del sistema de fondo común, administrado por el Estado, conforme al cual, una generación económicamente activa sufraga las pensiones de la otra que, simultáneamente, entra en su etapa pasiva laboral.

Los aludidos preceptos deontológicos surgen de las disposiciones del orden jurídico vigente, tanto de rango legal como suprallegal, en la específica materia de la seguridad social. En efecto, la Constitución consagra el derecho fundamental de la seguridad social en su artículo 48; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 establece en su artículo 22 que toda “persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”.

De esta garantía de orden prestacional y, por lo mismo, sujeta a las condiciones económicas y legales de cada Nación, fluyen derechos que, una vez consolidados, no pueden ser desconocidos ni aún en estados de excepción (artículo 93 C.P.), al igual que las reglas y principios contenidos en los tratados que sobre la materia ratifique el Estado Colombiano, las cuales prevalecen en el orden interno y sirven de pauta interpretativa de la normatividad nacional. En este sentido, cabe citar la decisión de la Sala, del 8 de julio de 2008 (Rad. 30581) en la que se sostuvo:

“Es más, remitiéndose esta Corporación a las fuentes y acuerdos vinculantes de índole internacional del derecho al trabajo, incorporados a nuestro ordenamiento interno como Estado miembro a través de la ratificación de los respectivos convenios o tratados internacionales en los términos de los artículos 53, 93 y 94 de la Carta Política, y que pasan a integrar el bloque de constitucionalidad, es dable destacar que los mandatos de la Organización Internacional del Trabajo OIT no se oponen a la aplicación de la condición más beneficiosa y por el contrario son compatibles con la orientación que a esta precisa temática le viene dando la Sala, al señalar en el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT 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> (resalta y subraya la Sala)”.

Como se ve, la Constitución de la OIT plantea el tema en el plano de la sustitución de normas, y no necesariamente alude a derechos consolidados, sino también a garantías o condiciones establecidas en la ley modificada.

Incluso debe indicarse que el Pacto de San José que contempla el compromiso de los Estados de lograr progresivamente la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, impone una estructura programática en torno al citado derecho, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 26 contempla el compromiso <para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales>.

De otro lado, el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 estableció que los principios mínimos

señalados en el 53 de la Constitución tienen “plena validez y eficacia” en materia de seguridad social. Esa alusión expresa de los principios constitucionales allí señalados, es la fuente donde se sustenta los principios laborales, y así no puede estimarse que sea un postulado exclusivo del “derecho del trabajo”, sino lógicamente aplicable a la seguridad social.

El reconocimiento de aquellos no se opone al mandato constitucional del imperio de la ley, entendida ésta lato sensu. Del mismo modo, corresponde reconocer que no pueden erigirse en una regla absoluta, porque en un Estado Constitucional no hay lugar a mandatos de ese género, máxime cuando su desarrollo no se opone a la posibilidad de que una situación social sobreviniente conlleve, para conservar una prestación en términos reales, es decir efectivamente adjudicable, que se modifiquen los requisitos para su reconocimiento, haciéndolos más rigurosos. Pero la situación de quien ya cumplió la prestación económica, derivada del “contrato intergeneracional”, o de “ayuda mutua” amerita un reconocimiento por haber hecho el esfuerzo que en su momento se le exigió, todo al aplicar la función interpretativa e integradora de los principios.

Esas, entre otras razones, obligan a que el juzgador asuma un visión amplia, en la que la aplicación mecánica de la norma dé paso a la realización de los principios mínimos fundamentales, que se encuentran plasmados en la Constitución Política, que garantizan la seguridad social y la imposibilidad de su menoscabo, lo que respalda la Ley 100 de 1993, que en su artículo 3º, no sólo dispone su ampliación, sino su progresividad.....>.

Directrices que también son plenamente aplicables al caso que ocupa la atención de la Sala y refuerza la postura que a través de esta decisión se está adoptando.

Por las razones expuestas, el Tribunal no debió exigir el requisito de fidelidad al sistema –que, por lo dicho, es una condición regresiva-, y en consecuencia debió mantener la decisión del a quo”.

Además, conviene precisar, que acoger el principio de progresividad a efectos de no aplicar la fidelidad al sistema, no tiene que ver con darle efectos retroactivos a la decisión de inexequibilidad mencionada, sino que ello obedece a la patente contradicción de ese requisito con el citado principio constitucional. Igualmente, la Sala ha señalado, que el Juzgador debe abstenerse de aplicar disposiciones legales regresivas aún frente a situaciones consolidadas antes de su declaratoria de inexequibilidad, en los eventos en que se constituyan en obstáculos para obtener un derecho pensional. Es así que en sentencia de la CSJ Laboral, 10 de julio de 2012, Rad. 42423, se dijo:

«(...) la nueva composición de la Sala, por mayoría de sus miembros, en sentencia de 20 de junio de 2012 rad. N° 42540, frente a una prestación de sobrevivientes pero cuyos argumentos resultan aquí plenamente aplicables, varió su criterio en lo referente a los efectos que debe surtir la declaratoria de inexequibilidad de una determinada disposición en materia de seguridad social, que haya impuesto un requisito que el juez de la Carta encuentra contrario a preceptos superiores por ser abiertamente regresivo.

En esos eventos y ante la existencia de una previsión legal que desconoce el principio de progresividad el cual irradia las prestaciones de la seguridad social, el juzgador para lograr la efectividad de los postulados que rigen la materia y valores caros a un estado social de derecho consagrados en nuestra Constitución Política, especialmente en los artículos 48 y 53, y que encuentran sustento también en la regulación internacional como la Declaración Universal de los

Derechos Humanos, y los tratados sobre el tema ratificados por el Estado Colombiano los cuales prevalecen sobre el orden interno, debe abstenerse de aplicar la disposición regresiva aún frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexequibilidad, en las hipótesis en que ella se constituya en un obstáculo para la realización de la garantía pensional máxime en casos como la pensión de invalidez, en que se trata de proteger a una población en circunstancias de vulnerabilidad y que amerita especial protección. Lo anterior significa que no se está disponiendo su inaplicabilidad general, pues frente a quienes la norma no resulte regresiva y consoliden el derecho durante el tiempo que tuvo vigor debe surtir plenos efectos».

En este orden de ideas, se concluye que el sentenciador de segundo grado, cometió los yerros jurídicos endilgados y, por consiguiente, este primer cargo prospera, lo cual es suficiente para quebrar la sentencia impugnada, haciéndose innecesario el estudio de los otros dos cargos que persiguen igual cometido.

#### SENTENCIA DE INSTANCIA

Además de lo expuesto al resolverse el cargo, es pertinente agregar, en sede de instancia, que la parte demandada en su recurso de apelación (fols. 176 y 177 del cuaderno principal) plantea dos inconformidades: **a)** La aplicación en el presente caso del requisito de fidelidad o permanencia en el sistema general de pensiones, que al no cumplirlo el actor lleva a que no pueda acceder a la pensión de invalidez implorada; y **b)** La improcedencia de los intereses moratorios, por virtud de que al no existir la obligación de reconocer la pensión tampoco es dable condenar a tales intereses, a más que no está demostrado ningún incumplimiento por parte de la accionada que dé origen a un estado de mora, pues lo cierto es que la negativa de la entidad en conceder la prestación lo fue «por no existir fidelidad en el sistema».

Respecto a la primera inconformidad, queda resuelta con lo analizado y definido en sede de casación. En lo que atañe a la segunda, relativa a los intereses de mora, debe decirse que teniendo derecho el demandante a la pensión de invalidez por estar demostrada una pérdida de capacidad laboral equivalente al 52.90% con fecha de estructuración 18 de julio de 2008 y por contar con 153,86 semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores al estado de invalidez, se reúnen los presupuestos normativos de la L. 860/2003 art. 1° para acceder a la prestación, lógicamente inaplicando la exigencia de la fidelidad al sistema por contradecir el principio de progresividad. A continuación se pasa a estudiar la procedencia o no de tales intereses.

Sobre este punto, la Sala tuvo la oportunidad de estudiar el tema y en un proceso con características similares al presente, fijó el criterio de que no hay lugar a imponer el pago de los intereses de mora de la L. 100/1993 art. 141, en aquellos casos en que el no reconocimiento de la pensión tiene una plena justificación, bien porque tenga un respaldo normativo o provenga de la aplicación acuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en su función propia de interpretar las normas sociales a la luz de los principios y objetivos de la seguridad social, como sería el caso del cambio de jurisprudencia, que permite inaplicar el requisito consagrado en el precepto legal que tuvo en cuenta la administradora de pensiones relativo a la fidelidad al sistema. En sentencia de la CSJ SL 787- 2013, 6 nov. 2013, rad. 43602, se adoctrinó:

En relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la doctrina tradicional de la Corte desde la sentencia de 23 de septiembre de 2002, rad. N° 18512, ha sido que deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las

circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trataba simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que producía al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tenían carácter resarcitorio y no sancionatorio.

En sentencia de 13 de junio de 2012, rad. N° 42783, la Corte trajo a colación la de 29 de mayo de 2003, rad. N° 18789, donde se asentó esa postura en los siguientes términos:

«Ciertamente es que el concepto de buena o mala fe o las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional no pueden ser considerados para establecer la procedencia de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tal y como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Sala. En efecto, así dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 2002 (Radicación 18512)».

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

En el sub lite **procede entonces la exoneración de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**, pues la concesión de la pensión de invalidez, obedeció al cambio de jurisprudencia operado entre otras en sentencia de 1° de agosto de 2012, rad. N° 41043, criterio de acuerdo con el cual en materia de seguridad social, la norma regresiva debe ser inaplicada por el operador judicial cuando se constituya en un obstáculo para la obtención del derecho, incluso en el lapso que va entre su entrada en vigencia y la ejecutoria de la respectiva sentencia declaratoria de inexequibilidad, aún en los eventos en que la Corte Constitucional no le dé efectos retroactivos, como se dejó suficientemente explicado con ocasión de los cargos precedentes.

(Resalta la Sala).

Sin embargo, frente al anterior criterio precisa la Sala, que para estos casos excepcionales en que se reconoce la pensión por inaplicación del requisito de fidelidad al sistema, la exoneración de los intereses de mora debe entenderse que solo opera mientras el derecho pensional está en discusión, pues no resulta dable considerar que en ese lapso específico los mismos se hubieran configurado o hecho exigibles, ello con fundamento en las razones expuestas en el antecedente

que se acaba de transcribir. Lo que significa, que para estos eventos dichos intereses sí se generan pero a partir de la ejecutoria de la sentencia que los ordenó, hasta tanto la administradora de pensiones que fue condenada a cubrir la pensión de invalidez cancele las mesadas adeudadas.

Debe aclararse que para los demás casos, se mantiene incólume el criterio según el cual los intereses moratorios previstos en la L. 100/1993 art. 141, se hacen exigibles desde el momento en que, vencido el plazo o término de gracia que tienen las administradoras de pensiones para resolver la solicitud de pensión y proceder a su pago, no lo hacen, esto es, que se generan desde la fecha de retardo o retraso en el pago de la prestación pensional, aun cuando posteriormente se inicie el trámite de la actuación judicial (Sentencias CSJ, SL, 12 dic. 2007, rad. 32003 y 17 oct. 2008, rad. 30550).

Así las cosas, se confirmará el fallo de primera instancia en cuanto condenó a la pensión de invalidez a favor del demandante y se modificará la condena por intereses moratorios en el sentido de que se generan desde la ejecutoria de la sentencia hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas.

En lo que tiene que ver con el monto de la pensión de invalidez por riesgo común, con una disminución en la capacidad laboral inferior al 66%, como es el caso del actor del 52.90%, se ha de aplicar en el régimen de ahorro individual con solidaridad la L. 100/1993 art. 69, que a su vez se remite al art. 40 ibídem, norma última que en su literal a) consagra como porcentaje “El **45%** del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%”.

Por su parte, el ingreso base de liquidación de tal prestación, corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o todo el tiempo si este fuera inferior, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según la certificación expedida por el DANE. Esto de conformidad con lo señalado en la citada Ley 100 de 1993 art. 21.

Es entonces, sobre dicho IBL que se aplica el porcentaje obtenido que para el asunto a juzgar será del **45%**, por razón de que el demandante conforme a la comunicación del fondo de pensiones JB-08-7924 (fols. 86 a 89 del cuaderno del Juzgado) y la historia laboral del afiliado (fols. 60 a 74 y 150 a 152 ibídem), cuenta con un total de **308,43 semanas cotizadas al sistema**, cuyo resultado se traduce en el valor de la mesada pensional a pagar a partir del 18 de julio de 2008.

Hechas las operaciones del caso, siguiendo los anteriores parámetros, el IBL de la pensión de invalidez del accionante, asciende a la cantidad de \$468.393,59, que al aplicarle el 45% el monto de la prestación arroja el valor de \$210.777,11 pero, al resultar inferior al salario mínimo legal de la época, la cuantía de la pensión será equivalente a ese salario mínimo vigente para el año 2008, esto es la suma mensual de \$461.500,00.

Por mesadas causadas con los respectivos incrementos legales y las mesadas adicionales, para el período comprendido entre el 18 de julio de 2008 y el 30 de abril de 2014, la sociedad demandada debe cancelar al demandante la suma de \$43.284.783,33, debiendo continuar cancelando la pensión de invalidez con una mesada para el año 2014 de \$616.000,00 mensuales. Lo anterior es posible condensarlo en el siguiente cuadro:

| FECHAS     |            | N° DE | VALOR         | VALOR            |
|------------|------------|-------|---------------|------------------|
| DESDE      | HASTA      | PAGOS | PENSION       | MESADAS          |
| 18/07/2008 | 31/12/2008 | 6,43  | \$ 461.500,00 | \$ 2.968.983,33  |
| 01/01/2009 | 31/12/2009 | 14    | \$ 496.900,00 | \$ 6.956.600,00  |
| 01/01/2010 | 31/12/2010 | 14    | \$ 515.000,00 | \$ 7.210.000,00  |
| 01/01/2011 | 31/12/2011 | 14    | \$ 535.600,00 | \$ 7.498.400,00  |
| 01/01/2012 | 31/12/2012 | 14    | \$ 566.700,00 | \$ 7.933.800,00  |
| 01/01/2013 | 31/12/2013 | 14    | \$ 589.500,00 | \$ 8.253.000,00  |
| 01/01/2014 | 30/04/2014 | 4     | \$ 616.000,00 | \$ 2.464.000,00  |
|            |            |       |               | \$ 43.284.783,33 |

Respecto a las excepciones propuestas por el ente demandado al dar respuesta al libelo demandatorio, la de prescripción se declaró no probada desde la primera audiencia de trámite, y la de inexistencia de toda obligación por las resultas del proceso no puede prosperar.

De tal manera que, se modificará la sentencia de primer grado, en cuanto a la condena por intereses moratorios en el sentido de ordenar su pago a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cancelen las mesadas adeudadas. Se confirmará en lo demás, concretando la condena por la pensión de invalidez de origen común en los términos antes mencionados.

Las costas de primera y segunda instancia serán a cargo de la entidad demandada. No hay lugar a ellas en el recurso extraordinario, por cuanto la acusación salió avante.

## 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, CASA la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2010, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en el proceso ordinario promovido por JESÚS ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ contra BBVA HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A., que fue absorbida por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En sede de instancia, se MODIFICA el fallo de primer grado, en cuanto a la condena por intereses moratorios en el sentido de ordenar su pago a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cancelen las mesadas adeudadas. Se CONFIRMA en lo demás concretando la condena por pensión de invalidez de origen común, así:

CONDENAR a la administradora de pensiones demandada a reconocer y pagar al demandante la pensión de invalidez de origen común, a partir del 18 de julio de 2008, en cuantía equivalente al salario mínimo legal. En consecuencia deberá cancelar la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (\$43.284.783,33) MONEDA CORRIENTE, por concepto de mesadas causadas con los respectivos incrementos legales y las mesadas adicionales, del período comprendido entre el 18 de julio de 2008 y el 30 de abril de 2014, debiendo continuar cubriendo la pensión con una mesada mensual para el año 2014 por valor de SEISCIENTOS DIECISÉIS MIL PESOS (\$616.000,00) MONEDA CORRIENTE. Se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por el ente demandado.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente de Sala

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ

Conjuez



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

