

onsitucionalidad del uso judicial del principio de la condición más beneficiosa junto a otros principios para reconocer pensiones de sobrevivientes o de invalidez cuando legalmente no se tiene el derecho^{*}

*Constitutionality of judicial Reliance on the
Principle of the Most Beneficial Condition,
in Conjunction with Other Principles, to
Grant Survivor or Disability Pensions in
Cases Lacking Statutory Entitlement*

Fanny Esther Ramírez Araque^{}**

^{*} Recibido el 7 de enero de 2025. Aceptado el 24 de septiembre de 2025.

DOI: <https://doi.org/10.18601/30283574.v02n03.03>

^{**} Magistrada auxiliar de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Abogada, especialista y magister en Derecho Laboral, Procesal, Público y Constitucional. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8802-6947>

RESUMEN

El artículo 48 de la Constitución reconoce la seguridad social como un servicio público obligatorio, regulado por la ley, y establece que el acceso a las pensiones de sobrevivientes y de invalidez exige el cumplimiento de las condiciones definidas por el legislador. De ello se desprende que dichas pensiones, como parte del sistema de seguridad social, son un derecho constitucional de contenido legal. No obstante, en la jurisprudencia reciente, tanto en sede de casación como de tutela, se observa un uso cada vez más frecuente de principios para resolver casos concretos en los que se reclaman pensiones de sobrevivientes o de invalidez, en particular el principio de la condición más beneficiosa, en conexidad con otros. Este recurso se emplea con el propósito de adoptar decisiones consideradas más justas en el marco del Estado social de derecho, lo que ha llevado al operador jurídico a introducir excepciones frente a la regulación legal vigente. En ese contexto, y pese al incumplimiento de las semanas de cotización exigidas por la ley aplicable, algunas sentencias reconocen la pensión con fundamento en normas derogadas, dejando de aplicar la norma vigente bajo la invocación de la condición más beneficiosa, articulada con principios como la equidad, la proporcionalidad, la progresividad y la dignidad humana. Esta práctica termina por debilitar el principio de legalidad de las pensiones, así como otros principios de rango constitucional y legal, sin un sustento consistente en una teoría coherente del derecho. La tesis que sostiene este artículo es que la protección del principio de legalidad no solo es constitucional, sino que resulta axial para garantizar de manera efectiva el derecho fundamental a las pensiones de sobrevivientes y de invalidez en el sistema de seguridad social.

PALABRAS CLAVE

Principios, requisitos pensiones de invalidez y de sobrevivientes, condición más beneficiosa, aplicabilidad del derecho, teoría del derecho.

ABSTRACT

This article examines the use of physical strength as a criterion in employment selection processes and its potential characterization as a form of indirect discrimination within the Colombian legal system. The study adopts qualitative, doctrinal methodology, analyzing constitutional and labor case law, national and international legal

frameworks, and specialized scholarship in anti-discrimination law. It explores the principles of equality and non-discrimination in the employment context, the distinction between direct and indirect discrimination, and the objective justification of physical requirements in recruitment processes. The findings indicate that the application of physical strength requirements without an objective and proportionate justification may amount to indirect discrimination, particularly against women, thereby perpetuating gender stereotypes and restricting equal access to employment. Accordingly, the article underscores the need to establish more rigorous criteria to assess when physical strength constitutes a genuine and determining occupational requirement, to ensure compliance with the constitutional principles of equality and non-discrimination.

KEYWORDS

Legal principles, eligibility requirements for disability and survivor pensions, most beneficial condition principle, applicability of the law, legal theory.

1. INTRODUCCIÓN

Cada vez es más frecuente que en las reclamaciones judiciales en torno a las pensiones de sobrevivencia y de invalidez, cuando no cumplen con la condición legal de la densidad de cotizaciones necesaria para adquirir el derecho a la pensión, los demandantes invocan el principio de la condición más beneficiosa (CMB), junto a otros principios como el de dignidad humana, equidad y proporcionalidad, a modo de instrumento jurídico para lograr sus pretensiones.

Por esa vía, en las sentencias de casación y de revisión de tutela, el principio de la CMB se ha convertido en instrumento jurídico para adquirir el derecho a una pensión por sobrevivencia o invalidez que, de haberse aplicado la ley vigente tal cual, no cabría reconocer. Esta situación merece ser analizada para evaluar si realmente es constitucional reconocer pensiones con fundamento en principios cuando falta la densidad de cotizaciones que exige la ley o si la ley debe seguir siendo el parámetro conforme a la Constitución para conceder esas pensiones dentro del Estado Social de Derecho colombiano.

Se podría pensar que no hay mucho que decir sobre el tema en la academia, porque la jurisprudencia de las Altas Cortes ha justificado a profundidad el reconocimiento de pensiones mediante el uso de la CMB y otros principios. Sin embargo, el aporte de este artículo es ofrecer otra perspectiva para cuestionar

la validez constitucional del uso de la CMB y otros principios como instrumento jurídico en la solución de casos concretos sobre pensiones de sobrevivientes y de invalidez, desde el mismo marco de la Constitución y unos elementos de teoría del derecho, para invitar a reflexionar sobre la idea de que el triunfo de esos principios en la ponderación con el de la legalidad, la sostenibilidad financiera y la universalidad —así se haga en busca de una solución que se crea más justa para el caso concreto— realmente no implica una mayor garantía al derecho fundamental a las pensiones de sobrevivientes y de invalidez al universo de personas que señala la Constitución, como se considera por muchos.

Por el contrario, con este texto se pretende demostrar, con argumentos teóricos, que el uso de principios, entre ellos la CMB, como instrumento jurídico para justificar la no aplicación del requisito vigente de la densidad de cotizaciones y poder reconocer las pensiones de sobrevivencia y de invalidez sin las cotizaciones necesarias no es compatible con ciertos elementos de teoría del derecho ni con la Constitución, que expresamente señaló los principios de legalidad, universalidad y de sostenibilidad financiera, pues, a largo plazo, el conceder pensiones sin el requisito de cotizaciones vigente debilita el principio de legalidad. En ese sentido, el derecho individual a la pensión se puede volver potestativo del operador jurídico y el derecho fundamental a las pensiones de todas las personas se desmorona, ya que, de ese modo, se llegaría a conceder pensiones sin ley que no están presupuestadas y eso conduciría al sistema a un punto insostenible financieramente.

Ante ello, se propone demostrar que el principio de legalidad de los requisitos para adquirir las pensiones está dentro del marco de la teoría del derecho, es constitucional y es axial para la garantía universal del derecho a las pensiones de sobrevivencia y de invalidez, puesto que solo se reconocerán las pensiones previamente calculadas mediante el apego a los requisitos legales. De esta forma no se afecta la sostenibilidad financiera del sistema y la cobertura se puede ir extendiendo equitativa y progresivamente, como manda la Constitución, por tanto, este principio no puede ser derrotado por la idea de justicia del caso concreto.

Al final, se presentan algunas conclusiones y recomendaciones para resolver las problemáticas actuales que surgen frente a las demandas por pensiones de sobrevivientes y de invalidez cuando no se cumplen los requisitos de semanas de cotización para adquirir el derecho.

2. METODOLOGÍA

Para el análisis que aquí se presenta fueron seleccionadas varias sentencias de casación laboral y de revisión de tutela, de las publicadas en la web de las Altas Cortes, bajo el criterio de ser las más representativas de los argumentos que,

desde 1997, han producido los cambios de criterio en la aplicación de la CMB en la trayectoria del uso de este principio. Luego, esas sentencias se analizaron sistemática y comparativamente, con el objeto de extraer las distintas razones judiciales que han servido de justificación a la delimitación del alcance y aplicación del principio de la CMB para reconocer pensiones de sobrevivientes y de invalidez e identificar coincidencias y divergencias entre los dos tipos de decisiones.

Por otra parte, se revisó el contenido de los arts. 13, 48, 53, 58, 230, 334, 365 y 366 de la Constitución y se recopilieron ciertos elementos básicos de la teoría del derecho consistentes en la vigencia, la validez, las lagunas y la aplicación e interpretación de las leyes, que también se encuentran positivizados en la Ley 153 de 1887¹, el Código Sustantivo del Trabajo (CST)² y la Ley 100 de 1993³.

Finalmente, se revisó literatura sobre conceptos claves existentes en la teoría y filosofía del derecho para, mediante su aplicación, evaluar la justificación del uso del principio de la CMB y otros principios en el reconocimiento de pensiones de invalidez y sobrevivientes, sacar conclusiones y plantear recomendaciones aplicables al momento de resolver las solicitudes de pensión cuando no se cumple el requisito de la densidad de cotizaciones.

3. CONTEXTO DEL USO JUDICIAL DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA Y OTROS PRINCIPIOS

En el Estado colombiano, los derechos de pensión de sobrevivientes y de invalidez no son el 100% asistenciales con recursos públicos para la mayoría de la población, sino que, para su financiación, el legislador acogió el modelo de aseguramiento. Por este motivo, la ley condicionó la adquisición de esos derechos al cumplimiento de dos requisitos: la ocurrencia del riesgo de la muerte o la invalidez y una densidad de cotizaciones⁴ abonada al sistema de seguridad social a nombre del afiliado.

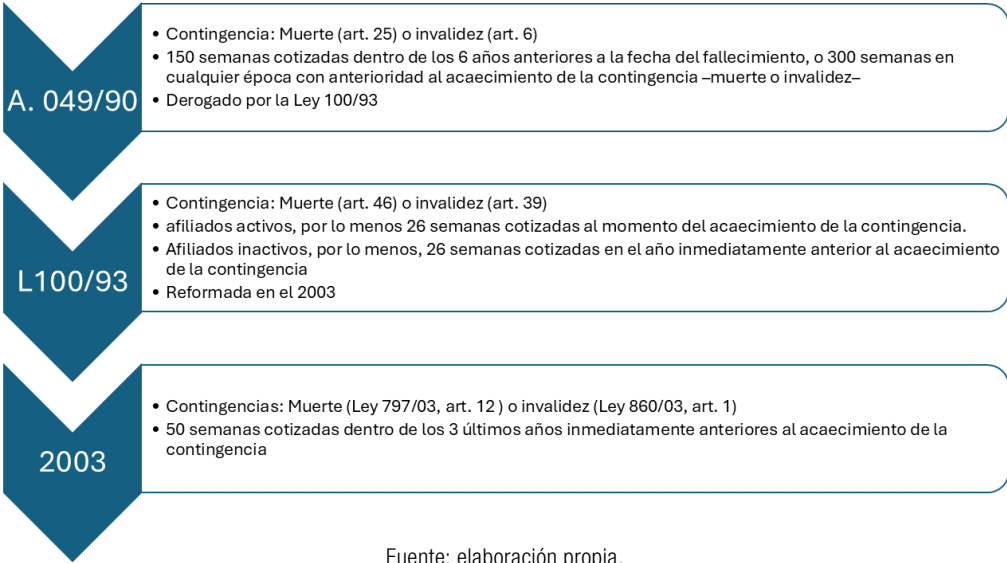
La densidad de cotizaciones requiere ser actualizada en el tiempo para garantizar la sostenibilidad financiera de todas las pensiones y, por esto, ha

-
- 1 Ley 153 de 1887, por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la Ley 57 de 1887, 15 de agosto de 1887, DO 7151-7152, arts. 1-9, 14, 17.
 - 2 Código Sustantivo del Trabajo [CST], Decreto 2663 de 1950 [con fuerza de ley], 9 de septiembre de 1950 (Colombia), art. 16.
 - 3 Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, 23 de diciembre de 1993, DO 41148, arts. 288-289.
 - 4 Número de semanas de cotización abonadas dentro de un plazo que el legislador ha determinado, que sirven para financiar la pensión de acuerdo con los cálculos financieros del sistema.

sido modificada por el legislador en 1994 y 2003. Lógicamente, si los afiliados no cumplen con la densidad de cotizaciones actualizada por la ley al momento de ocurrir el riesgo, no se debería adquirir el derecho. Pese a ello, hay quienes han reclamado la pensión simplemente porque cotizaron en alguna época, con sustento en una idea de justicia de corte individualista, no solidario, y han provocado la utilización judicial de la CMB como instrumento jurídico para inaplicar parcialmente la ley vigente en el caso concreto.

A continuación, se muestran de forma breve las actualizaciones legislativas en la densidad de cotizaciones para pensiones de invalidez y sobrevivientes, leyes que gozan de la presunción de validez por haber sido expedidas por la autoridad competente y siguiendo los trámites establecidos⁵. Luego, se presenta un análisis de las sentencias estudiadas.

FIGURA 1. VARIACIONES LEGISLATIVAS EN LA DENSIDAD DE COTIZACIONES



5 En el control abstracto de constitucionalidad de la actualización de la densidad de cotizaciones de 2003, mediante sentencia C-428 de 2009, la Corte Constitucional la declaró conforme a la Constitución, por considerar que no era regresiva, pues si bien había aumentado el número de semanas mínimas exigidas de 26 a 50, también había aumentado el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la ocurrencia del riesgo, al igual que eliminó la diferencia entre los que estaban cotizando y los que no, al momento del siniestro, todo lo cual favorecería a gran parte de la población trabajadora que era afectada por la inestabilidad laboral y la informalidad.

3.1. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

Las sentencias estudiadas que aparecen relacionadas en las tablas 1 y 2 tienen en común que la invalidez o la muerte se produjo después de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Todos los afiliados tenían cierto número de semanas cotizadas, pero no cumplían las mínimas requeridas dentro del plazo previsto para alcanzar la densidad de cotizaciones que exigía la ley vigente en el momento del riesgo para adquirir las pensiones pretendidas.

TABLA 1. SENTENCIAS DE CASACIÓN DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Referencia núm. ⁶	Norma vigente al momento del riesgo	Pensión	Semanas cotizadas sin cumplir el mínimo exigido en el plazo legal	Si/No aplica la CMB y concede la pensión
9758/97	L. 100/94	Sobrevivientes	Más 1000	Si CMB. Si pensión (A.049/90)
11112/ 98		Invalidez	Menos de 1000	No CMB. No pensión
12387/00				Si CMB. Sí pensión (A.049/90)
15449/01				No CMB. No pensión
15760/01				Si CMB. Sí pensión (A.049/90)
19019/03				No CMB. No pensión
24280/05		Si CMB. Sí pensión (A.049/90)		
28876/07	L. 797/03	Sobrevivientes		No CMB. No pensión
32681/08	L. 860/03	Invalidez		
45262/17	L. 797/03	Sobrevivientes	Menos de 1000	Si CMB. Si pensión (norma anterior)
44596/17	L. 860/03	Invalidez		No CMB. No pensión ⁷
93777/23	L. 797/03	Sobrevivientes		
98731/24	L. 860/03	Invalidez		

Fuente: elaboración propia. Nota: Se toma como referente “1000 semanas” de cotizaciones, pues ese fue el punto de referencia que fue tomado para dar paso a la aplicación de la CMB la primera vez en 1997.

Se puede afirmar que se trataban de casos fáciles a simple vista (salvo el primero que tenía, en total, más de 1000 semanas cotizadas, pero sin el mínimo exigido en el año inmediatamente anterior a la muerte por la Ley 100/93), en el que

6 Se utiliza el número interno del proceso.

7 En este caso, el siniestro ocurrió por fuera de la zona de paso de la CMB y no se debe pensión.

la administradora del fondo de pensiones (AFP), en cumplimiento de su actividad reglada, con un razonamiento subsuntivo, de cara a la norma sobre pensión de sobrevivientes o de invalidez vigente y aplicable al caso, no tenía otra opción que negarlas por faltar una de las dos condiciones necesarias para adquirir el derecho. Sin embargo, los afectados se resistieron a aceptar esa situación y acudieron hasta casación o también utilizaron la tutela para adquirir la pensión, con el argumento de que merecían una protección del Estado social de derecho invocando, entre otros, los principios de la CMB, la dignidad humana, progresividad y la equidad.

TABLA 2. SENTENCIAS DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Referencia núm.	Norma vigente al momento del riesgo	Pensión	Con semanas cotizadas sin cumplir el mínimo exigido en el plazo legal	Decisión de Tutela contra autoridades o sentencias que negaron la pensión
SU-005/18 ⁸	L. 797/03	Sobrevivientes	Menos de 1000	CONCEDE el amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna, como consecuencia de su situación de vulnerabilidad, a cinco de los siete demandantes ⁹ . Aplica A. 049/90
SU-556/19 ¹⁰	L. 860/03	Invalidez		CONCEDE el amparo, con carácter definitivo, de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital a dos de los tres demandantes ¹¹ . Aplica A. 049/90

8 Fueron acumuladas siete acciones de tutela que perseguían pensión de sobrevivientes por aplicación de la CMB.

9 Uno la negó por falta de inmediatez de la acción de tutela y al otro por no pasar el test de procedibilidad, entonces la tutela no es subsidiaria.

10 Fueron acumuladas tres acciones de tutela que perseguían pensión de invalidez por aplicación de la CMB.

11 El tercero lo negó por faltar la inmediatez de la acción de tutela.

Referencia núm.	Norma vigente al momento del riesgo	Pensión	Con semanas cotizadas sin cumplir el mínimo exigido en el plazo legal	Decisión de Tutela contra autoridades o sentencias que negaron la pensión
SU-299/22	L. 860/03	Invalidez	Menos de 1000	CONCEDE el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. Aplica A. 049/90
SU-038/23				NO CONCEDE el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la dignidad humana, al mínimo vital, a la seguridad social y a la protección a las personas en situación de discapacidad solicitado ¹² . No aplica A. 049/90
SU-072/24				CONCEDE el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital al demandante afiliado al RAIS y había obtenido devolución de saldos. Aplica A. 049/90

Fuente: elaboración propia. Nota: Se toma como referente “1000 semanas” de cotizaciones, pues ese fue el punto de referencia que fue tomado para dar paso a la aplicación de la CMB la primera vez en 1997.

- 12 Consideró que el actor cumplía con el requisito de procedibilidad de tutela contra sentencia, según la precisión que le hizo al *test* de procedencia de la SU-556 de 2019. No obstante, no dio la pensión, porque el accionante no cumplió con las exigencias para que se le aplicara el principio de la CMB, fijadas en la SU-556/19: no demostró las circunstancias de vulnerabilidad específicas que permitieran la aplicación ultra activa del Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de la pensión de invalidez y tampoco dio claras razones por las que no realizó aportes por cerca de siete años anteriores a la estructuración de la invalidez.

3.2. ¿QUÉ ES EL PRINCIPIO DE LA CMB Y CÓMO SE USA, SEGÚN LAS SENTENCIAS?

De las sentencias de casación y de tutela estudiadas se extrae que la CMB, en síntesis, es un principio implícito derivado del art. 53 de la Constitución, de carácter instrumental, según el cual, cuando se presenta el riesgo de invalidez o muerte sin que, en el caso particular, el afiliado cumpla la regla sobre cotizaciones vigente para ese momento, pero sí satisface una derogada, por resultarle más beneficiosa, prevalece la derogada frente a la vigente. Para el uso de la CMB se exigen requisitos adicionales en el caso particular, según la Alta Corte que lo resuelve. Así, el principio de CMB sirve de instrumento para habilitar la aplicación de una regla derogada como fuente directa y determinante del reconocimiento de la pensión y justifica que se inaplique la vigente en el caso concreto.

De las sentencias estudiadas también se observa que la CMB no es aplicada automáticamente por los fondos administradores de las pensiones, ya que ellos siempre aplican la norma vigente en su integridad. Así, los interesados necesitan demandar y si se dan unos supuestos adicionales que cada corte tiene definidos según su racionalidad, el operador judicial inaplica la condición vigente fallida para, en su lugar, resolver el caso con la CMB contenida en una norma derogada que el afiliado sí satisface plenamente.

4. ¿CÓMO SURTIÓ EL USO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA Y SE LLEGÓ A UNA APLICACIÓN MÁS O MENOS EXTENSIVA DE ESE PRINCIPIO EN LA CASACIÓN LABORAL Y EN LAS REVISIONES DE TUTELA?

Se pueden distinguir dos etapas. La primera inició con la sentencia de casación laboral de 13 de agosto de 1997, en el expediente 9758¹³, que resolvió una petición de pensión por muerte sucedida el 23 de julio de 1994. Por el tiempo que ha pasado desde entonces, el significado y campo de aplicación que se le da actualmente a este principio es muy probable que muy pocos recuerden cómo fue su origen, por lo que se pasa a relatar enseguida.

Esa primera vez se dio en un caso aparentemente difícil¹⁴, pues el asunto trató sobre la reclamación de una pensión para la viuda y los hijos menores, por

13 Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala Laboral, consultable con el expediente 9758, casilla “n.º interno”, en <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

14 La distinción entre casos fáciles y casos difíciles es una división de la teoría del derecho y, en particular, de la argumentación jurídica. Comúnmente, se entienden por casos fáciles aquellos

muerte de su cónyuge y padre, respectivamente, sin edad de pensión (tenía 46 años), ocurrida recién comenzó la vigencia de la Ley 100 de 1993¹⁵. Lo que hizo ver difícil el caso fue que el fallecido había decidido no cotizar más en 1992, sin imaginarse que moriría el 23 de julio de 1994 y que, para el colmo de la mala suerte, entraría a regir una reforma pensional el 1 de abril de 1994 que cambiaría, entre otros aspectos, el requisito de semanas cotizadas para la pensión de sobrevivientes. Por haber tomado esa decisión, el finado no tenía semanas abonadas en el año inmediatamente anterior al deceso y, por tanto, no reunía la densidad de cotizaciones indicadas en el art. 46 de la Ley 100¹⁶ para causar la nueva pensión de sobrevivientes, aunque paradójicamente sí tenía más de 1000 semanas cotizadas bajo el derogado Acuerdo 049 de 1990, que le habrían servido para adquirir la pensión de vejez de haber llegado los 60 años. Ante esa situación, los pretensores de la pensión invocaron a su favor el art. 1 de la Ley 12 de 1975¹⁷ para que fuera habilitada la edad del causante por el hecho de la muerte, a fin de completar los requisitos de la pensión de vejez del Acuerdo 049¹⁸ y recibir la pensión por sustitución.

La casación 9758 concedió la pensión de sobrevivientes siguiendo el mismo camino del Tribunal, es decir, no consideró la habilitación de la edad de pensión

que todos los juristas los resolverían de igual manera y su justificación se haría generalmente con un silogismo judicial. Un caso difícil es aquel donde dos juristas no llegan a la misma conclusión, ante esto, en la teoría del derecho, se ha planteado si hay una sola respuesta correcta, como se entiende que la hay en los casos fáciles. Los casos difíciles son considerados la patología del derecho, deben ser muchos menos para que el ordenamiento jurídico pueda funcionar. También se habla de casos intermedios: los que en una primera aproximación parecen difíciles, pero que, cuando se los estudia a fondo, resultan fáciles, en el sentido de que tienen una respuesta no discutible. Manuel Atienza alude a los casos trágicos que son aquellos en los que no es que haya más de una respuesta correcta, sino que no hay ninguna; según él, en los que es imposible realizar la justicia a través del Derecho. Ver: Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Trotta, 2013).

15 La Ley 100 de 1993 está vigente desde el 1 de abril de 1994 y derogó el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 del mismo año.

16 Ley 100 de 1993, art. 46, lits. a y b.

17 "Art. 1. El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas", Ley 12 de 1973, se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación, 16 de enero de 1975, DO 34245.

18 "Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: (...) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y (...) un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.", Acuerdo 049 de 1990 [Concejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios], por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, art. 12.

de vejez por la muerte del afiliado que permitía la Ley 12 de 1975, sino que lo resolvió como un caso de pensión de sobrevivientes y, para suplir, en el caso concreto, la falta de cotizaciones exigidas en el art. 46 de la Ley 100 para este tipo de pensión, la histórica decisión acogió la tesis del uso del principio de la CMB, que derivó de una lectura del art. 53 constitucional, y los de proporcionalidad y equidad.

Así, reconoció la pensión con fundamento en los arts. 6 y 25 del Acuerdo 049. De ese modo, bajo el supuesto de que el pleito era de pensión de sobrevivientes y no una sustitución de pensión, la sentencia inaplicó el requisito de las 26 semanas de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la muerte del afiliado contenido en el art. 46 de la Ley 100, regla vigente para el caso de pensión de sobrevivientes, conforme a la regla jurisprudencial pacífica de que la fecha de la muerte es la que determina cuál es la norma que concierne al asunto, por ser la contingencia protegida.

La idea de lo justo que llevó a la aplicación de la CMB por primera vez para resolver ese caso en sede de casación fue que, a raíz del cambio de la regla sobre densidad de cotizaciones para asegurar las pensiones de sobrevivientes, el esposo y padre no causaba esta pensión por no tener semanas cotizadas en el tiempo requerido por la nueva ley, y resultaba desproporcionado y contrario a la equidad negársela a sus beneficiarios si, desde antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, el finado ya había reunido las semanas para disfrutar de una pensión de vejez con solo haber llegado a los 60 años, de aplicarse el Acuerdo 049 por virtud del régimen de transición de la pensión de vejez.

En este punto es pertinente comentar que, de acuerdo con las razones de equidad que fueron invocadas en ese caso, también se habría podido estudiar la aplicación de la regla del art. 1 de la Ley 12 de 1975 que reconocía a los sobrevivientes el derecho a la habilitación de la edad del afiliado que cumplía las semanas de cotización para adquirir la pensión de vejez y fallecía antes de cumplir la edad requerida, la cual estaba vigente cuando el finado cumplió las 1000 semanas y dejó de cotizar. Por esa vía, cabía la posibilidad de reconocer la sustitución pensional con sustento en el derecho adquirido a la habilitación de la edad, tal y como había sido demandada. De esta forma, se habría podido favorecer la protección del derecho de los beneficiarios, sin contradecir el principio de legalidad y arriesgar la sostenibilidad financiera del sistema¹⁹.

19 Aquí no se trata de defender el principio de legalidad por hacer culto a una concepción formalista de la decisión judicial, sino que este principio es la garantía más efectiva del derecho a las pensiones. Según la Corte Constitucional, “en Colombia, como es de conocimiento, el sector del sistema de seguridad social en pensiones se ha convertido ‘en una bomba de tiempo’, que pone en peligro la sostenibilidad del mismo debido a un pasivo pensional ingente que genera grandes presiones presupuestales para el sistema. Aparte de lo expuesto, es un hecho

Por lo anterior, se considera que no se trataba de un caso realmente difícil que ameritara abrir la discusión para acudir a los principios e inaplicar una regla vigente, sobre todo porque el litigio versaba sobre un derecho a una prestación social que materializa un derecho fundamental y que, para su garantía a todas las personas en condiciones de igualdad, según el art. 48, en concordancia con el art. 365 de la Constitución, amerita estar previamente regulado y su reconocimiento debe hacerse según la ley.

5. DE LA PENDIENTE RESBALADIZA DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN EL RECONOCIMIENTO DE LAS PENSIONES DE SOBREVIVIENTES Y DE INVALIDEZ

Después de esa primera vez, la utilización de la CMB para justificar la aplicación del Acuerdo 049, derogado con el fin de reconocer las pensiones de sobrevivientes, cayó en una pendiente resbaladiza en las decisiones de casación, pues su ámbito de aplicación se fue extendiendo poco a poco, por razones de justicia en el caso concreto, ya que dejó de ser relevante si se tenían o no las 1000 semanas que daban derecho a la pensión de vejez y su aplicación comenzó a darse cuando, como mínimo, se sumaban 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo; es decir, se siguió aplicando la densidad de cotizaciones que exigía el acuerdo para la pensión de sobrevivientes, como se muestra en la figura 1. Así, se extendió la ultraactividad de la ley por decisión jurisprudencial, por virtud del principio implícito de la CMB.

Es decir, con sustento en la CMB, se revivió parcialmente el art. 25 del citado acuerdo, en concordancia con el art. 6 de la misma fuente, sin que las pensiones otorgadas de este modo estuvieran presupuestadas legalmente. Frente a esto, los salvamentos de voto en esas decisiones de casación no faltaron y replicaron que la misma Corte Constitucional, en la sentencia C-168/95, había advertido que el art. 53 de la Constitución no prevé la CMB y que la Carta Política solo garantiza los derechos adquiridos. Por esta razón, la minoría de entonces defendió la tesis de que la Ley 100 de 1993 era de aplicación inmediata en todos los casos, de acuerdo con el art. 16 del CST.

irrebatible que la población no cotiza sistemáticamente, ya por la insuficiencia, inestabilidad o informalidad de la oferta laboral o por prácticas de elusión que han carecido de adecuados controles y sanciones. Atendiendo muchas de estas problemáticas, el Legislador expidió la Ley 100 para procurar solución a los problemas financieros estructurales del sistema pensional, los cuales, en buena parte, habían sido el resultado de modelos basados en bajas cotizaciones —si es que las había—, dispersión de regímenes pensionales y beneficios exagerados, dejando de lado por completo el tema de la sostenibilidad en el largo plazo como esperanza de cubrimiento prestacional para las generaciones futuras". Ver: Corte Constitucional de Colombia [CC], sentencia C-1141 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 30 de agosto de 2000).

Luego de varias decisiones negativas, en el 2001, la pendiente resbaladiza alcanzó a las pensiones de invalidez y la sentencia de casación mayoritaria en el proceso 15760, que amplió la aplicación de la CMB a ese tipo de pensiones, por razones de la ostensible inequidad que producía la aplicación de la norma vigente en el caso concreto, y concedió la pensión con el requisito de semanas del art. 6 del derogado Acuerdo 049. Posteriormente, en la decisión del proceso 19019 de 2003, por mayoría, la jurisprudencia retornó a la postura de que la CMB no aplicaba para las pensiones de invalidez, pero ese cambio no duró mucho tiempo y, definitivamente, se impuso la utilización del principio de la CMB extensiva para esta clase de pensiones en el proceso 24280 de 2005.

En suma, durante la primera fase, en casación, por razones de justicia en el caso concreto, con base en la CMB, se adjudicaron las pensiones de sobrevivientes y de invalidez de la Ley 100 aplicando la regla sobre cotizaciones del Acuerdo 049 para riesgos ocurridos desde la vigencia de esta y hasta antes de la vigencia de las leyes modificatorias 797 y 860 de 2003, cuando el afiliado no cotizó las semanas requeridas por los arts. 39 y 46 de la ley vigente. Dicho de otro modo, por la aplicación del principio de la CMB, prevalece la regla anterior derogada sobre densidad de semanas de cotización, cumplida por el afiliado antes del 1 de abril de 1994, porque favorece el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes y de invalidez, sin importar que sea una regla derogada para el momento del siniestro.

En esta primera etapa existió una simetría jurisprudencial entre las decisiones de casación y las de revisión de tutela, pues la Corte Constitucional también dedujo el principio de la CMB del art. 53 de la Constitución (último inciso), para proteger expectativas legítimas, y lo relacionó con el de favorabilidad y buena fe²⁰.

La segunda etapa va desde los riesgos ocurridos a partir de las reformas a la Ley 100 producidas por las leyes 797 y 860 de 2003 que, hasta ahora²¹, son las últimas leyes que actualizaron la densidad de cotizaciones para causar las pensiones de sobrevivientes y de invalidez, respectivamente. En esta segunda fase, se acrecentaron las diferencias entre las sentencias de casación y las de revisión de tutela, en los argumentos dados para justificar la aplicación de la CMB y otros principios, con resultados distintos en el reconocimiento de esas

20 CC, sentencia SU-005 de 2018 (M.P. Carlos Bernal Pulido: 13 de febrero de 2018), párrs. 142-144.

21 La Ley 2381 de 2024, por la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la vejez, invalidez y muerte de origen común que entró en vigor el 1 de julio de 2025 repite el requisito de densidad de cotizaciones para causar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes en sus arts. 42 y 47.

pensiones. Se anticipa que las sentencias de revisión de tutela son más proclives a utilizar la CMB para reconocer pensiones.

Las sentencias de casación laboral inicialmente no aplicaron la CMB en los casos presentados en el tránsito de esas leyes, pues siguieron la regla del art. 16 del CST de la aplicación inmediata de esas leyes reformadoras del 2003, mientras que las de revisión de tutela sí optaron, desde un principio, por extender el ámbito de aplicación de la CMB a todos los cambios legales, pero bajo ciertos supuestos fijados por la misma Corte Constitucional que ella ha ido ajustando, por ejemplo, el que los reclamantes sean sujetos en condición de vulnerabilidad, como se verá más adelante.

Finalmente, el 25 de enero de 2017, en decisiones de casación de los procesos 45262, con tres votos en contra, y 44596, con tres aclaraciones de voto (no reconoció la pensión), se aceptó la aplicación de la CMB en el tránsito legislativo de Ley 100 a las leyes 797 y 860 de 2003 (sobrevivientes e invalidez, respectivamente), pero de forma temporal, es decir, solo para los riesgos ocurridos dentro de una zona de paso de tres años (hasta el 29 de enero de 2006, para la de sobrevivientes, y hasta el 26 de diciembre de 2006 para la de invalidez), únicamente respecto del régimen anterior y bajo unos limitados supuestos que definieron las respectivas sentencias. Esta es la postura actual del tribunal de casación laboral.

Por el contrario, la Corte Constitucional, en revisión de tutela, con apoyo en su interpretación de los principios de la CMB, proporcionalidad y de la protección a la vulnerabilidad, en la segunda fase, fue ampliando el campo de aplicación de la CMB e inaplica la regla vigente sobre cotizaciones en los casos particulares donde esta no se cumple y toma la regla más beneficiosa de cualquier régimen del pasado, a pesar de estar derogada, para reconocer la pensión respectiva de la Ley 100.

Como había distintas posturas entre las salas de revisión sobre cuándo procedía o no la acción de tutela en un caso específico y del alcance de la CMB, con decisión mayoritaria, fueron dictadas dos sentencias de unificación que sirvieron de base para el presente análisis. La sentencia SU-005/18 sobre pensión de sobrevivientes y la SU-556/2019 relativa a la pensión de invalidez²². Como se aprecia en la tabla 2, en este trabajo también fueron estudiadas otras sentencias representativas del uso de la CMB en casos de tutela, incluso dictadas

22 Ambas sentencias tuvieron salvamentos de voto, por no compartir los supuestos fijados por la mayoría para que proceda la acción de tutela y para que se aplique la CMB. Estas providencias consideran que son restrictivos de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, entre ellos, el de acudir en acción de tutela. De acuerdo con esto, la minoría defiende mayor discrecionalidad del juez constitucional para resolver esos asuntos con base en la idea de justicia.

en el 2024. Por esto, no cabe duda de que este estudio aborda un tema actual y con pronóstico de no acabar prontamente.

6. SÍNTESIS DE LAS RAZONES JURISPRUDENCIALES QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA Y OTROS PRINCIPIOS PARA INAPLICAR LA FUENTE DIRECTA DE DERECHO

Antes de presentar la síntesis anunciada es conveniente recordar que, de acuerdo con la configuración adoptada por el legislador, dentro del margen que le permite el art. 48 de la Constitución, el derecho a las pensiones de sobrevivientes e invalidez (P) está regulado como un sistema, con base en un modelo de aseguramiento, y su adquisición depende del cumplimiento de dos condiciones: la ocurrencia del riesgo protegido (C1) y la densidad de cotizaciones²³ fijada en la ley (C2).

El legislador ha reformado esos supuestos de configuración del derecho, como también el contenido de la prestación, para adecuarlos progresivamente a los fines constitucionales, respetando los derechos adquiridos. Frente a estos cambios legislativos, para la selección de la norma aplicable al caso, existe la regla de aplicación inmediata por ser de orden público²⁴, salvo que el legislador disponga una vigencia especial, por ejemplo, un régimen de transición. La Ley 100 no previó un régimen de transición y reconoce el derecho a su vigencia frente a una norma anterior menos favorable, pero bajo el sometimiento a la totalidad de sus disposiciones²⁵; además, reitera la salvaguarda de los derechos adquiridos²⁶. Adicionalmente, la jurisprudencia de casación tiene definida la aplicación de la norma que está vigente cuando se produce el riesgo, salvo en ciertos casos donde le da preferencia a la aplicación del principio de la CMB.

7. RAZONES SEMEJANTES

Todas las sentencias estudiadas coinciden en extraer el principio de la CMB del art. 53 de la Constitución para suplir la omisión legislativa de un régimen de

23 Recordemos que la densidad de cotizaciones es cierto número de semanas cotizadas dentro de un lapso específico determinado en la ley, acorde con el modelo de aseguramiento acogido para garantizar la sostenibilidad financiera de la prestación económica y para poderla reconocer a todos los destinatarios de la prestación.

24 CST, art. 16.

25 Ley 100 de 1993, art. 288.

26 Ibid., art. 289.

transición en las reformas pensionales, que consideran se presenta por la falta de protección de las expectativas legítimas, con el fin de contrarrestar las afectaciones al derecho pensional que esos cambios en las condiciones de adquisición del derecho producen en los casos concretos, a pesar de que ese principio no está explícito y que la Corte Constitucional, cuando hizo el control abstracto de constitucionalidad de la Ley 100, en la sentencia C-168/1995, asentó que la Constitución solo protege los derechos adquiridos y no previó el principio de la CMB para proteger expectativas de derecho²⁷.

Para los riesgos presentados en vigencia de la Ley 100, las sentencias de casación también justificaron el uso de la CMB en otros principios, principalmente en el de equidad, por considerar que, frente a la falta de un régimen de transición, era inequitativo exigirle a los demandantes de las pensiones de invalidez y sobrevivientes el abono de 26 semanas dentro del último año anterior a la muerte o la invalidez, si el afiliado había cumplido la regla del Acuerdo 049 en su vigencia, ya fuera porque hubiese cotizado más de 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la vigencia de la Ley 100 o más de 300 semanas en cualquier tiempo antes del 1 de abril de 1994, pues entendían que con este número superior de cotizaciones las pensiones estaban financiadas.

Por su parte, al inicio, las sentencias de revisión constitucional acogieron íntegramente las razones de las sentencias de casación y en la sentencia SU-005 de 2018, se relacionaron como indicativas de ese primer periodo, las sentencias T-008 de 2006²⁸, T-645 de 2008²⁹, T-563 de 2012³⁰ y T-1074 de 2012³¹.

-
- 27 El art. 53 de la Constitución reconoce el principio de favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación en las fuentes formales del derecho y en el último inciso dispone que “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”, derechos adquiridos con arreglo a las leyes, en consonancia con el art. 58 de la Constitución.
- 28 En esta sentencia, a pesar de que no se especifica la fecha de fallecimiento del afiliado, la Corte concede la pensión de sobrevivientes al accionante, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que privilegia la aplicación de los requisitos contenidos en el Acuerdo 049, respecto de los regulados en la Ley 100.
- 29 En esta sentencia, en la que el fallecimiento del afiliado se da en el año de 1997, la Corte Constitucional aplica, en su integridad, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para conceder la pensión de sobrevivientes con fundamento en la acreditación de los requisitos del Acuerdo 049.
- 30 En esta sentencia, respecto de una persona fallecida en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional concede la pensión de sobrevivientes con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en aplicación preferente de las disposiciones del Acuerdo 049.
- 31 En esta sentencia, de manera análoga a las anteriores, la Corte Constitucional reconoce la pensión de sobrevivientes, con fundamento en el Acuerdo 049 y no con base en la Ley 100.

8. RAZONES DIFERENTES

Las diferencias en las motivaciones de las sentencias estudiadas sobresalen en la segunda fase, es decir, frente a los riesgos presentados en vigencia de las reformas de las leyes 797 y 860 de 2003, como se puede ver enseguida.

Las sentencias de casación de los expedientes 45262 y 44596, ambas del 21 de enero de 2017, aunque mantuvieron que el principio de la CMB tiene la finalidad de proteger expectativas legítimas de los afiliados sustentadas en situaciones jurídicas y fácticas que fueron concretadas con anterioridad a la reforma y, por esto, les generaban a los afiliados y beneficiarios la confianza legítima de estar protegidos por la seguridad social, a pesar de que el legislador no previó un régimen de transición³² en la nueva ley para las pensiones de sobrevivientes e invalidez, determinan que el principio de CMB no es un principio absoluto, sino que debe ser temporal y solo procede respecto del régimen derogado inmediatamente anterior. En otras palabras, en las sentencias de casación, la expectativa legítima no es perdurable.

Según las sentencias de casación de 2017, con esa concepción del uso de la CMB, se garantizan los principios de progresividad³³, favorabilidad³⁴ y el de equidad natural del sistema de un modo armónico con los de sostenibilidad financiera y solidaridad³⁵, que se traduce en el deber general de afiliación y cotización de las personas.

En suma, en las sentencias de casación estudiadas, mediante el uso del principio de la CMB, la regla derogada sobre la densidad de cotizaciones del Acuerdo 049 se aplica para reconocer pensiones por los riesgos de supervivencia y de invalidez presentados en vigencia de la Ley 100 cuando no se cumple la respectiva regla vigente de esta ley. Dicho de otro modo, si se da la condición del riesgo (C1) en vigencia de la Ley 100 (Nv) que lo asegura con la pensión (P) y el afiliado no cumple la condición de cotizaciones (C2) de la nueva norma, pero sí la del Acuerdo 049 (C2'), las decisiones no niegan la pensión (P) de la norma vigente, sino que, en el caso concreto, la reconocen con base en la condición (C2') que favorece el derecho, así esté contenida en una norma derogada. En esta parte coinciden las sentencias de casación con las de revisión de tutela.

32 Las salas de casación laboral y constitucional explican que un régimen de transición es necesario para atenuar un cambio abrupto por las reformas de las leyes sociales que son indispensables para ajustar los parámetros de acceso y reevaluar el alcance de los elementos esenciales del derecho.

33 Constitución Política de Colombia [Const.], art. 48, 7 de julio de 1991 (Colombia).

34 Const., art. 53.

35 Ibid., art. 48.

Frente a las reformas de 2003, la regla derogada sobre densidad de cotizaciones de la Ley 100 se aplica para reconocer pensiones por los riesgos de supervivencia y de invalidez presentados en vigencia de las leyes 797 y 860, respectivamente, cuando no se cumplen las respectivas reglas vigentes de estas leyes, con otra variable más: si se da la condición del riesgo en cierto tiempo —la de muerte, hasta el 29 de enero de 2006, o la de invalidez, hasta el 26 de diciembre del 2006 (C1)—, que la norma vigente (Nv) protege con la pensión (P), y el afiliado no satisface la condición sobre las cotizaciones de esa norma vigente (C2), pero sí cumple con la condición (C2') de la norma derogada inmediatamente anterior (Ndia), la decisión del caso concreto no niega la pensión (P), sino que, mediante la aplicación de la CMB, el supuesto legal faltante (C2) es remplazado por el de la regla derogada (C2'), porque favorece la adjudicación del derecho (P) y, en consecuencia, se reconoce la pensión de la norma vigente (P).

Si se da el riesgo (C1) y el afiliado tampoco satisface las cotizaciones de la norma inmediatamente anterior (C2'), no hay una CMB por aplicar y la decisión niega la pensión (P). Si el riesgo (C1) ocurre más allá de la zona de paso, no procede el uso de la CMB y tampoco se reconoce P.

Por otra parte, en las sentencias de unificación de tutela de 2018 (sobrevivientes) y 2019 (invalidez) se observa que se definieron dos supuestos relevantes para reconocer la respectiva pensión en los casos de control concreto de constitucionalidad por la Corte Constitucional. El primero es el *test* de procedencia del ejercicio subsidiario de la acción de tutela sustentado en condiciones de vulnerabilidad derivadas del entorno social y económico del accionante. Este fue ajustado en la sentencia SU-038/23, en donde la Sala Plena fijó la regla de que si se constata que los accionantes no disponen de ningún otro mecanismo de protección judicial, porque acudieron a las acciones y recursos previstos en el ordenamiento jurídico y culminaron las etapas procesales respectivas, ya está acreditada la subsidiariedad cuando se promueven acciones de tutela contra providencias judiciales, y no es aplicable el *test* de procedencia de la sentencia SU-556 de 2019.

El segundo supuesto, de interés central para este estudio, delimitó que el uso del principio de la CMB comprende buscar y aplicar la regla sobre la condición de semanas de cotización de cualquier régimen anterior (derogado) que, por cumplirla el afiliado antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, consolida una expectativa legítima que favorece la adjudicación de la pensión en el caso concreto, sea de sobrevivientes o de invalidez, cuando no cumple la condición de la regla vigente y el afiliado o beneficiario se encuentre en condición de vulnerabilidad.

Esos parámetros son los que están aplicando las sentencias de tutela, por ejemplo, la SU-299/2022 y SU-072/2024, y muestran que el principio de la CMB

seguirá teniendo aplicación en los casos concretos de reconocimiento de pensiones sin el cumplimiento de la regla vigente sobre la densidad de cotizaciones, inclusive por riesgos ocurridos en la nueva ley de pensiones, Ley 2381 de 2024.

Otra razón que marca diferencia con las sentencias de casación, encontrada en las decisiones de unificación de tutela de 2018 y 2019, es la del principio de favorabilidad del art. 53 de la Constitución, que siempre obliga al legislador a crear un régimen de transición para proteger las expectativas legítimas de las personas vulnerables que merecen protección especial, y si este no lo hace, el juez debe corregir la omisión por la eficacia directa de los derechos fundamentales.

Esas sentencias consideran que el art. 53 de la Constitución no restringe la CMB únicamente a dos disposiciones normativas aplicables al caso concreto³⁶, por lo que no comparten la tesis del tribunal de casación de que ese principio solo aplica respecto de la norma derogada inmediatamente anterior y que es temporal. Adicionalmente, considera inconstitucional que la CMB se aplique en todos los casos, como opera en casación, porque en su criterio solo debe concederse a los sujetos en condición de vulnerabilidad que merecen especial protección de acuerdo con el principio de igualdad del art. 13C.

En suma, las razones de las sentencias de revisión de tutela se asemejan con las de casación en que se toman las condiciones (C1) y (C2') para adjudicar el derecho (P), con la diferencia de que en las de tutela (C2') puede ser la de cualquier norma derogada (Nd) y no se restringe a que sea la de la norma derogada inmediatamente anterior (Ndía). No obstante, se diferencian en que no fijan límites en el tiempo para la ocurrencia de C1 y que el principio de la CMB solo aplica en los casos concretos de accionantes en condición de vulnerabilidad (Cv) que los ubica en una posición de especial protección³⁷.

9. DISCUSIÓN: ¿POR QUÉ LO CONSTITUCIONAL ES SEGUIR LA LEY PARA GARANTIZAR EN SERIO EL DERECHO A LAS PENSIONES DE SOBREVIVIENTES E INVALIDEZ?

Recapitulando, los tribunales de casación laboral y de constitucionalidad coinciden en que la aplicación del principio de la CMB se justifica en que, a falta de un régimen de transición, lo justo es que el juzgador proteja las expectativas legítimas de la persona que cumple la condición sobre densidad de cotizaciones en vigencia de determinada norma pensional, ante cambios normativos abruptos que impongan requisitos adicionales que impidan o dificulten en extremo

36 CC, sentencia SU-005 de 2018 (M.P. Carlos Bernal Pulido; 13 de febrero de 2018).

37 Const., art. 13.

la consolidación del derecho pensional, porque estiman que en ese caso una persona tiene confianza en su consolidación, lo cual guarda relación con los principios de buena fe —en su expresión de confianza legítima— y favorabilidad.

Esa forma de uso del principio de la CMB, como medio para justificar la aplicación en el caso concreto de una regla derogada, en vez de una vigente, se diferencia de las formas propias del uso del principio de favorabilidad. Este se utiliza como un criterio para elegir la norma o la interpretación de esta a ser aplicada cuando existen varias leyes vigentes que atañen al caso o varias interpretaciones racionalmente posibles de la norma pertinente, es decir, no hay laguna. En cambio, la manera como se usa el principio de la CMB concebido jurisprudencialmente conlleva una mixtura entre una norma derogada y una vigente, para cubrir una supuesta laguna de un régimen de transición que ambas Cortes determinan, por interpretar que el legislador debió prever un régimen de transición para proteger las expectativas legítimas del afiliado o beneficiarios por virtud de la confianza legítima en la protección de los regímenes pensionales de sobrevivencia e invalidez.

Entonces, para corregir la injusticia social que produce la supuesta falta de un régimen de transición, el juez determina que debe aplicar la CMB y refuerza el argumento invocando, además, los principios de la dignidad humana y proporcionalidad, dejando de lado los principios de legalidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema, para inaplicar la regla vigente y válida, así como reconocer el derecho con sustento en una regla derogada.

Por lo anterior, se considera que la justificación del principio de la CMB no encaja en el marco del art. 53 de la Constitución mencionado, pues este reconoce el principio de favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho que consiste (i) en que, entre dos normas contradictorias y vigentes que son aplicables al caso, se preferirá la más favorable, y que (ii) en la interpretación *pro operario*, según la cual ante varias interpretaciones razonablemente posibles de una misma norma, el juzgador debe elegir la más favorable al trabajador.

En los tránsitos de la ley en el tiempo, la Constitución no protege expectativas o situaciones jurídicas abstractas, ya que el último inciso del art. 53 de la Constitución garantiza solo los derechos de los trabajadores³⁸.

No hay una situación jurídica concreta cuando solo se cumple una de las condiciones para consolidar el derecho, en ese caso es solo una expectativa que

38 Estos son los adquiridos en concordancia con los arts. 48 (incisos 7 y 10) y 58, entendidos tanto por la jurisprudencia y la doctrina como los que han entrado al patrimonio de la persona por haber satisfecho todos los supuestos fácticos que los engendran según la ley. Estos también se conocen por la doctrina como las situaciones jurídicas subjetivas consolidadas o concretas.

la Constitución no reconoce como derecho ni manda proteger y, por esta razón, el legislador tiene libertad de configurar o no un régimen de transición.

Si al modificar la regulación de las pensiones de sobrevivientes y de invalidez el legislador encuentra que el modelo de aseguramiento escogido para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social frente a la supervivencia y la invalidez es compatible con un régimen de transición, será constitucional si así lo dispone, pues esta permite que se protejan las expectativas, pero no impone hacerlo. Una vez el legislador prevé el régimen de transición, las expectativas son legítimas por virtud de la ley.

En cambio, a partir del Acto Legislativo 01 de 2005, en el séptimo inciso, la Constitución ordena expresamente que las leyes en materia pensional que se expidan en adelante deberán garantizar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. También que el Estado garantizará los derechos pensionales de conformidad con la ley y, para tal efecto, el art. 334 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011, ordena que el marco de la sostenibilidad fiscal debe fungir como un instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho, dentro de los cuales no solo se encuentran la seguridad social relativa a la supervivencia y la invalidez, sino también la protección a la vejez. Para ello, el Estado fijará la política para garantizar y administrar el reconocimiento de esos derechos como un servicio público, ya sea directamente o a través de entidades privadas, según lo regule la ley³⁹.

Además, el mismo art. 334 de la Constitución dispone que el gasto público social es prioritario y que no se podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva, lo que racionalmente significa que no se podrán vulnerar los derechos pensionales adquiridos de conformidad con la ley por falta de recursos económicos y, por tanto, es indispensable atender las reglas de sostenibilidad financiera y fiscal previstas con esa finalidad, aunado a que el Estado colombiano tiene también otras prioridades sociales, según la Constitución.

Por ejemplo, el art. 366 de la Carta Política, ordena que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado y que la satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable son su objetivo fundamental.

Entonces, de acuerdo con la Constitución colombiana, el legislador es el primero que debe decidir si es conveniente garantizar las expectativas y legitimarlas mediante un régimen de transición, puesto que los recursos disponibles

para hacer eficaces los derechos son limitados y no se puede gestionar ningún derecho social como si los recursos fueran ilimitados o como si ese derecho fuera el único y pudiera absorber la totalidad de los recursos existentes, sino que es necesario tomar decisiones que prioricen entre diversos derechos o entre distintos aspectos de un mismo derecho, y en una sociedad democrática, ese tipo de decisiones debe corresponder al órgano legislativo⁴⁰.

De tal suerte que, si el legislador no ha previsto un régimen de transición para proteger unas expectativas de derecho, no se puede inferir necesariamente que hay una laguna y que, por este motivo, debe acudir al principio de la CMB para dejar de aplicar la regla sobre la densidad de cotizaciones calculada por el legislador en la nueva ley ni mucho menos acudir a la de la norma inmediatamente anterior o de cualquiera que haya existido en el pasado. Lo que procede es aplicar la norma vigente, al margen del resultado negativo de la prestación.

La Constitución no ordena revivir una norma derogada en los casos en que el juez considere que la aplicación de la ley vigente produce una injusticia social o que se deben proteger las expectativas de derecho. Por el contrario, acorde con las bases de la teoría del derecho y la Constitución, el art. 14 de la Ley 153 de 1887 dispone que una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan ni por haber sido abolida la ley que la derogó, en tanto que una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva, lo que se conoce en la doctrina jurídica como la no ultraactividad de la ley. Igualmente, el art. 17 de la misma ley ordena que las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene⁴¹.

Distinto es cuando el propio legislador, tras la ponderación de los principios de la seguridad social contenidos en el art. 48 de la Constitución, entre ellos el de la sostenibilidad financiera, sin perjuicio de la prevalencia del interés general⁴², encuentra sostenible y razonable o equitativo conservar por un tiempo determinado ciertos supuestos normativos de la ley que deroga y lo lleva a cabo, expresamente, mediante un régimen de transición, con el fin de garantizar unas expectativas de las personas que, con base en la Constitución, considera que es legítimo protegerlas en el cambio normativo.

40 Antonio Manuel Peña Freire, "La teoría fuerte de los derechos sociales: reconstrucción y crítica I The Strong Theory of Social Rights: Reconstruction and Criticism", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º34 (2016): 251-69.

41 Los arts. 14 y 17 de la Ley 153 de 1887 están ubicados en la primera parte sobre "Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes".

42 Const., art 1.

Las justificaciones que dan las sentencias estudiadas de la aplicación del principio de la CMB extraído del art. 53 de la Constitución no son acordes con el art. 48 de la misma fuente. Si bien este precepto garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, esto no traduce que cualquier persona, incluso en estado de debilidad manifiesta al que refiere el art. 13 de la Carta Política como sujeto de especial protección, puede reclamar directamente a los fondos administradores del sistema una pensión con base en ese imperativo, pues la reforma del comentado art. 48 de la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2005 expresamente dispone que los requisitos para adquirir el derecho a las pensiones son los dispuestos en la ley y que se respetaran los derechos adquiridos con arreglo a esta. Así, la irrenunciabilidad referida significa que ninguno de los afiliados obligatorios al sistema puede declinar o evadir el cumplimiento de las condiciones legales para su adquisición ni renunciar al derecho una vez lo ha adquirido.

El Acto Legislativo 01 de 2005 también fue reiterativo en establecer que todas las pensiones del sistema se reconocerán de conformidad con la ley, como sucede con todo servicio público, así sea prestado por particulares: 16 veces remite a lo establecido en la ley. Igualmente, dispuso que el Estado debe garantizar los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Para esto, ordenó que las leyes sobre la materia deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo que ellas reconozcan, como también que no habrá regímenes especiales ni exceptuados, salvo los allí relacionados. Además, impuso al legislador establecer un procedimiento para la revisión de las pensiones que se reconozcan con abuso del derecho o sin los requisitos de ley, y señaló que el régimen de transición de la Ley 100, en todo, caso iba hasta el 2014.

A su vez, el art. 230 de la Constitución ordena a los jueces, en sus providencias, someterse al imperio de la ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. De acuerdo con esto, no es posible inaplicar la norma vigente y válida que atañe al caso y, en caso de hacerlo, ese proceder debe estar debidamente justificado en la Constitución.

El *quid* del presente asunto está en responder si realmente el legislador omitió el deber de prever un régimen de transición y por eso existe una laguna que se debe llenar aplicando el principio de la CMB, como lo sustentan las sentencias estudiadas. Después de la reforma constitucional de 2005, no cabe duda de que no hay tal laguna, pues la Constitución solo protege derechos adquiridos con arreglo a la ley y subraya el principio de legalidad que rige ese derecho para hacer efectivos los demás principios como la eficiencia, la universalidad y la solidaridad, así como para ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social.

Si no hay una laguna, se cae por sus bases la justificación del operador judicial para alterar la ley vigente y válida que regula el derecho a la pensión. El cambio producido por la aplicación del principio de la CMB a las condiciones que fueron prefijadas válidamente por el legislador precisamente para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema puede dar, a corto plazo, una percepción de justicia social, porque se hace para reconocer un derecho que de la forma legal no se tenía, pero pone en riesgo la sostenibilidad del derecho pensional de todos, a largo plazo, puesto que las pensiones que así se reconocen carecen de financiación.

La financiación no es un tema menor para el reconocimiento de los derechos pensionales, si se tiene en cuenta que el art. 48 de la Constitución señala que el Estado debe asumir el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo y, como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-428/09, cuando declaró la validez constitucional de la modificación de la densidad de las cotizaciones, para financiar el gasto social de pensiones, que compromete un amplio porcentaje del PIB, la nación ha requerido disponer de recursos que de otra forma hubieran estado destinados a otros fines y objetivos esenciales del Estado. De no hacerse ajustes al régimen pensional, los desequilibrios se irán agravando, con detrimento de la inversión social, las condiciones para la generación de empleo, la ampliación de la cobertura del Sistema y el nivel prestacional de goce de los propios pensionados, en la coyuntura y en el largo plazo.

Por otra parte, cuando se invoca la dignidad humana para justificar el uso de la CMB e inaplicar una regla vigente y válida, no está claro si se le está dando un valor puramente retórico, o si realmente se considera como un principio o un derecho. Tampoco se entiende cuál es el contenido racional de este concepto de naturaleza moral que se acoge en las sentencias⁴³. Por lo menos se debería ahondar en el sentido que el operador judicial le da al término dignidad humana y le ha servido de base para justificar de qué manera la no preferencia

43 Sobre el concepto de dignidad humana, Manuel Atienza ha dicho que negar su carácter moral es algo que se asemeja a una imposibilidad lógica, de ahí que la actitud natural del jurista que defiende la separación entre el Derecho y la moral haya sido la de prescindir de su estudio. Entonces, él se propuso analizarlo y, bajo la concepción del Derecho no solo como un conjunto de normas, sino que, fundamentalmente, es una práctica social dirigida al logro de ciertos fines y valores, defender la tesis de que la dignidad humana es el valor de que, de alguna manera, contiene todos los otros. Así, con sus varios estudios sobre la dignidad humana, ha ido trazando la línea progresiva inclinada por la consideración de que la dignidad humana, como principio, supone el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite una pluralidad de formas, de manera de vivir, aunque no cual forma de vida es aceptable) y, al mismo tiempo, en la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre e igual desarrollo. Ver: Manuel Atienza, *Sobre la Dignidad Humana* (Trotta, 2022).

por el principio implícito de la CMB cuando se pondera con el de legalidad es incompatible con la Constitución vista de manera holística.

10. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Según el análisis de las sentencias de revisión de tutela y de casación que fueron seleccionadas para el presente estudio, el uso del principio de la CMB reforzado en otros principios como el de la dignidad humana y la equidad se gestó para evitar la injusticia social que se produciría, en ciertos casos, con la negativa de la pensión de invalidez o de sobrevivientes por el incumplimiento de la densidad de semanas de cotización que exige la ley vigente al momento de presentarse el riesgo, cuando el afiliado ha cumplido con la densidad de cotizaciones de una ley anterior a la respectiva reforma que puso en una situación precaria al afiliado.

Desde dicha perspectiva, esos casos se tornan trágicos⁴⁴, pues resulta que, como quedó visto atrás, el sistema jurídico de la seguridad social no trae la solución favorable que moralmente se desea para ellos. Por tal motivo, para evitar la injusticia social en el caso concreto, en las sentencias analizadas se planteó la tesis de la laguna de un régimen de transición de esas reformas legales que protegiera esas expectativas a las que se les dio el carácter de legítimas, sin una ley que les diera esa connotación, para cubrirla con un principio implícito derivado del art. 53 de la Constitución, el de la CMB, incoherente con los demás principios contenidos en el art. 48 de la Constitución, pero que, para superar esa incoherencia, invocando como argumento de refuerzo a la dignidad humana y la equidad, se le da preferencia entre los otros y sirve de medio para aplicar la ultraactividad de la ley, figura que es incompatible con ciertos elementos de la teoría del derecho positivizados en la Ley 153 de 1887, por ejemplo, el que dispone la pérdida definitiva de efectos de una norma derogada.

Igualmente, con el principio de la CMB se crea una categoría especial de expectativas con rango constitucional, pese a que la Constitución solo garantiza los derechos adquiridos frente a los cambios legislativos. No hay duda de que es una tragedia negar una pensión de sobrevivencia o de invalidez a quienes sufren la calamidad de la muerte de la persona que es partícipe de su sustento o de la pérdida de la capacidad laboral en alto grado, sin embargo, la solución no debe crear un caos jurídico.

Es recomendable tener presente que la regulación de las pensiones de sobrevivencia e invalidez es sistemática para que estas sean viables y sostenibles en el tiempo para las generaciones presentes y futuras y que, para ninguno de

los afiliados al sistema de seguridad social, esa condición calamitosa es suficiente para adquirir la respectiva pensión, puesto que el modelo de aseguramiento basado en la solidaridad exige a todos el cumplimiento de una densidad de cotizaciones que está previamente calculada y fijada por el legislador, en atención a los principios orientadores de la política de seguridad social contenida en el art. 48 de la Constitución.

Por tanto, el problema social que puede implicar la negativa de una pensión en esos casos no se resuelve habilitando a unos la ultraactividad de la ley, sino que se debe promover el aumento del número de afiliados al sistema de seguridad social, así como las cotizaciones, para ser solidarios en la financiación de esas pensiones y aumentar progresivamente la cobertura de forma sostenible, lo cual, claro está, es una política pública que no le corresponde al operador judicial. Por el contrario, la ultraactividad de la ley es un desincentivo para esta solución, su no aplicación sí es de la competencia de este, y lo constitucional es brindar la garantía judicial al principio de legalidad que es axial para garantizar en serio el derecho fundamental a esas pensiones de la seguridad social

REFERENCIAS

- Acto Legislativo 03 de 2011. Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal. 1 de julio de 2011. DO. 48117.
- Acuerdo 049 de 1990 [Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios]. Por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. 1 de febrero de 1990.
- Atienza, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Trotta, 2013.
- Atienza, Manuel. Sobre la dignidad humana. Trotta, 2022.
- Código Sustantivo del Trabajo [CST]. Decreto 2663 de 1950 [con fuerza de ley]. 9 de septiembre de 1950 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const.]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional de Colombia [CC]. Sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 20 de abril de 1995).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-428 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo; 1 de julio de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-005 de 2018 (M.P. Carlos Bernal Pulido; 13 de febrero de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-556 de 2019 (M.P. Carlos Bernal Pulido; 20 de noviembre de 2019).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-299 de 2022 (M.P. Alejandro Linares Cantillo; 25 de agosto de 2022).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-038 de 2023 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas; 23 de febrero de 2023).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-072 de 2024 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera; 7 de marzo de 2024).

Corte Suprema de Justicia [CSJ]. Sala de Casación Laboral. Proceso 9758 (M.P. José Roberto Herrera; 1997).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 11112 (1998).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 12387 (2000).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 15449 (2001).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 15760 (2001).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 19019 (2003).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 24280 (2005).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 28876 (2007).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 32681 (2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 45262 (2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 44596 (2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 93777 (2023).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 98731 (M.P. Marjorie Zúñiga Romero; 26 de junio de 2024).

Decreto 758 de 1990 [Ministerio del Trabajo y Seguridad Social]. Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 del 1 de febrero de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. 11 de abril de 1990.

Ley 84 de 1973. Por la cual se expide el Código Civil de la Unión. 31 de mayo de 1873. DO. 2867.

Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, Ley 61 de 1886 y Ley 57 de 1887. 28 de agosto de 1887. DO. 7151-52.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. DO. 41148.

Ley 797 de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. 29 de enero de 2003. DO. 45079.

Ley 860 de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. 29 de diciembre de 2003. DO. 45415.

Ley 2381 de 2024. Por la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común. 16 de julio de 2024.

Peña Freire, Antonio Manuel. "La teoría fuerte de los derechos sociales: reconstrucción y crítica | The Strong Theory of Social Rights: Reconstruction and Criticism". Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, n.º34 (2016): 251-69. <https://doi.org/10.7203/CEFD.34.8262>.