

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Referencia: Expediente N° 40492

Acta N° 10

Bogotá, D. C., cinco (5) de abril de dos mil once (2011).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contra la sentencia de 24 de febrero de 2009, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA CONSUELO RESTREPO RAMÍREZ** contra la entidad recurrente.

I.- ANTECEDENTES.-

1.- **MARÍA CONSUELO RESTREPO RAMÍREZ** demandó a la citada entidad de seguridad social, con el fin de

obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de origen común, a partir del 9 de abril de 2005 fecha de estructuración de ese estado. Pidió además, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en subsidio la indexación de la deuda.

Como apoyo de su pedimento indicó que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en Porvenir desde enero de 1998, habiendo cotizado 378 semanas entre esa fecha y el 9 de abril de 2005 cuando se estructuró el estado de invalidez. Además prestó servicios al Municipio de Filandia entre el 13 de abril de 1981 y el 30 de agosto de 1982, tiempo que debe ser tenido en cuenta al calcular las cotizaciones para la pensión de invalidez. La Junta Nacional de Calificación de Invalidez al modificar el dictamen rendido por la Junta Regional de Risaralda el 3 de mayo de 2004, le fijó la pérdida de capacidad laboral en 56,42% con fecha de estructuración del estado 9 de abril de 2005, de origen común, mediante dictamen de 17 de mayo de 2005. Nació el 21 de febrero de 1948. La Administradora le negó la prestación alegando que no cumplía el requisito de fidelidad al sistema.

2.- En la contestación de la demanda la entidad convocada a proceso aceptó unos hechos y negó otros, manifestó que la afiliada cotizó al fondo desde 1998 y el 3 de mayo de 2004, 364 semanas; se opuso a las

pretensiones y adujo en su defensa que la actora no reunió el factor fidelidad de cotizaciones exigido por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, insuficiente número de semanas cotizadas para reunir el requisito de fidelidad de aportes al sistema y falta de causa para pedir.

3.- Mediante fallo de 30 de julio de 2008, el Juzgado Primero del Circuito de Armenia condenó a PORVENIR S.A. al pago de la pensión de invalidez desde el 9 de abril de 2005, más la indexación de las mesadas causadas y no pagadas.

II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, confirmó el fallo del Juzgado.

En lo que interesa al recurso extraordinario sostuvo que para efectos de contabilizar las semanas de cotización al Fondo de Pensiones Porvenir, debían tenerse en cuenta los aportes correspondientes a los meses de julio a diciembre de 2000 efectuados por el Municipio de Filandia a través de Fiducafé, más no así, los periodos en que la demandante laboró para dicho Municipio entre el 13 de

abril y el 31 de diciembre de 1981 y del 1° de enero hasta el 30 de agosto de 1982, que ascienden a 71,1 semanas, por cuanto no es posible tener en cuenta ese lapso para efectos del bono pensional, *"pues a pesar de las cotizaciones efectuadas a la caja de previsión social de ese municipio (fl. 16), ellas sólo alcanzan 71,1 semanas, cifra que resulta inferior a las 150 semanas exigidas por el parágrafo del artículo 115 de la Ley 100 de 1993"*.

Aseveró que *"dichos espacios de tiempo no serán tenidos en cuenta al momento de contabilizar las semanas necesarias para acceder a la pensión de invalidez impetrada por la demandante, porque quedó demostrado que aquella no cumple con los requisitos legales para acceder al reconocimiento de bono pensional"*.

Posteriormente entró el Tribunal a examinar si la demandante cumplía las exigencias del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, para acceder a la prestación deprecada y concluyó que *"En cuanto al primero de los requisitos, es decir, las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, evidencia la Sala que se encuentra acreditado, pues según la 'Relación histórica de Movimientos' expedida por la Administración del Fondo de Pensiones Porvenir (fls. 11 a 14), la demandante cotizó entre el 10 de abril de 2002 y el 9 de abril del 2005, más de 150 semanas"*.

Más adelante expuso que *"Frente a la fidelidad al sistema es pertinente señalar, que el 20% del periodo comprendido entre el 21 de febrero de 1968, data en 'que cumplió veinte (20) años de edad' y el 3 de mayo de 2004, 'fecha de la primera calificación del estado de invalidez' (fl. 45), corresponde a 372,3 semanas. Lo anterior, por cuanto en dicho periodo hay 36 años, dos meses y doce días, que corresponden a 1861,7 semanas y el 20% de ellas equivale a 372,3 semanas.*

"Ahora bien, de la revisión del historial de la cuenta de pensiones de la demandante y de los aportes que consignó 'Fiducafe', correspondientes a julio y agosto de 2000 se tiene, que durante el aludido periodo la demandante cotizó 326,1 semanas, es decir, una cantidad inferior al 20% que de acuerdo a los cálculos debía cotizar".

Por lo anterior, dijo el sentenciador, la actora no acreditó el segundo de los requisitos de dicha normatividad. *"Sin embargo, tal desenlace no se apreciará en el caso de ahora debido a que la seguridad social, como prerrogativa del ser humano, tendiente a protegerlo de las contingencias a las cuales se puede ver expuesto, contemplada tanto en el artículo 48 de la Constitución Nacional como en las disposiciones de la ley 100 de 1993, no puede desconocer que la demandante, antes de la vigencia de la ley en cita ya había cumplido holgadamente los requisitos establecidos en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en la*

actualidad cuenta con mas de 60 años y que a la fecha en que se determinó su invalidez, es decir a 17 de mayo de 2005 padecía de 'Poliecitemia rubra Vera, enfermedad maligna de la sangre que termina en LEUCEMIA AGUDA' y que por ello se encontraba 'realizando Quimioterapia Paliativa' (fl. 55).

"...

"Como corolario de lo anterior, a juicio de la Sala, la pensión de invalidez debe ser reconocida por la demandada, en aplicación del principio de condición más beneficiosa, pues al momento en que entró a regir la Ley 860 de 2003, la demandante ya tenía los requisitos establecidos en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993", pues a 29 de diciembre de 2003, tenía acumuladas 308,5 semanas y el artículo 39 original de la Ley 100 exigía tener cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez.

III.- RECURSO DE CASACIÓN.-

Inconforme con el fallo anterior, la parte demandada interpuso recurso extraordinario, el cual concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala, se procede a resolver previo estudio de la demanda de casación. No hubo réplica.

Pretende el recurrente la casación de la sentencia acusada y que la Corte en sede de instancia revoque la de

primer grado, y en su lugar absuelva a Porvenir de todo lo pedido contra ella.

Con tal fin propuso un único cargo, así:

CARGO ÚNICO.- Acusa la sentencia por vía directa, porque *"aplicó indebidamente los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y 39, literal a), 69, 38, 40 y 41 de la Ley 100 de 1993 (advirtiendo que aunque los cuatro últimos no se mencionan en el fallo acusado es implícito que los tuvo en cuenta) y, como consecuencia de ello, dejó de aplicar los artículos 1º, numeral 1º, de la Ley 860 de 2003 (pues a pesar de haberlo tenido en consideración se negó expresamente a regular el asunto sub judice con su contenido, como en verdad ha debido hacerlo), 230 de la Constitución Política, 1º, 2º, 3º y 14 de la Ley 153 de 1887, 26, 27, 28, 30 y 31 del Código Civil y 16 del Código Sustantivo del Trabajo"*.

En el desarrollo asevera el censor que el estado de invalidez se estructuró en vigencia de la Ley 860 de 2003, por lo que el asunto debió ser dirimido con fundamento en esa disposición, que exige 50 semanas de aportes dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al estado de invalidez y un porcentaje de fidelidad al sistema del 20% del tiempo habido entre el momento en que el afectado cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de dicho estado.

Agrega que la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, fue producto de una decisión deliberada del legislador, quien se abstuvo de fijar un régimen de transición estando vedado a los jueces el establecerlo, habiendo sido la intención de la ley al incorporar la densidad de cotización, la de *"propiciar una cultura de afiliación al sistema general de pensiones y la de controlar los fraudes que pudieran cometerse al amparo del anterior régimen"*.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

Ha precisado la jurisprudencia de la Sala que no hay lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa cuando la persona que se invalida en vigencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 no cumple los requisitos previstos en esa normatividad, pero sí las 26 semanas del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

En efecto, el principio de la condición más beneficiosa en materia pensional ha tenido extensa aplicación por parte de la jurisprudencia, respecto a aquellas personas que habiendo cumplido con un nivel elevado de cotizaciones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, (150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, ó 300 semanas en cualquier época con anterioridad a ese estado) tal como lo determinaba el artículo 6º del Acuerdo

049 de 1990 del I.S.S., no cumplían con las 26 semanas para el momento de la invalidez o de la muerte exigidas por la Ley 100 de 1993, pero en razón a que se consideró que la nueva legislación traía una exigencia menor en número de cotizaciones respecto de la legislación anterior.

Sin embargo, esta no es la situación que surge en el evento de la Ley 860 de 2003 frente al artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, por cuanto esta última exigía niveles de densidad de cotizaciones bajos en relación con los más exigentes pretendidos por el legislador en la nueva disposición.

El anterior criterio fue expuesto por esta Corte en sentencia de 27 de agosto de 2008, rad. N° 33185, en los siguientes términos:

"Pues bien, conforme a la aplicación de la ley en el tiempo, que también ha de observarse en asuntos de seguridad social, una norma que modifica los requisitos que establecía la disposición que le antecedió para adquirir un determinado derecho pensional, gobierna los hechos que acontezcan a su amparo, ello mientras no sea derogada y no afecte derechos adquiridos o situaciones jurídicas debidamente consolidadas bajo el imperio de la ley anterior.

"La citada Ley 860 del 26 de diciembre 2003 que señaló nuevos condicionamientos para obtener la pensión de invalidez, fue publicada en el Diario oficial No. 45.415 del 29 de diciembre de igual año, y según su artículo 5° entró a regir a partir de su promulgación, y por consiguiente no cabe duda que para la fecha de estructuración indiscutida de la invalidez del demandante

que se produjo el 14 de enero de 2004, ya se encontraba en pleno vigor, lo que trae consigo, que como lo concluyó el Tribunal, es con base en ese mandato legal que se deberá definir el surgimiento del derecho a la pensión de invalidez reclamada.

"En resumen, quien estructure su invalidez dentro de la vigencia del artículo 1° de la Ley 860 del 26 de diciembre de 2003, que como se dijo es de aplicación inmediata a partir de su promulgación, está obligado a observar sus requisitos, y en el caso particular del demandante, se tiene que aquél no reunió la totalidad de las exigencias allí establecidas, por no contar con el de la fidelidad al sistema, y en consecuencia no hay lugar al otorgamiento de la pensión implorada.

*"De otro lado, es de agregar, que conforme lo infirió el Juez Colegiado, en el sub lite no aplica la <condición más beneficiosa>, en virtud de que el actor tampoco cumple con los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, al no tener 26 semanas de cotización en el último año inmediatamente anterior al momento en que se produjo el estado de invalidez, lo cual está acorde con lo sostenido por esta Corporación en sentencia reciente del 17 de junio de 2008 radicado 32681, en la que se dejó sentado que en asuntos donde la norma que regula la situación pensional resulta ser el **artículo 1° de la Ley 860 de 2003**, por haber ocurrido la estructuración de la invalidez luego de su entrada en vigor, haciéndose hincapié en que es con esta normatividad y no con otra que se debe definir la procedencia de la pensión de invalidez, ...".*

Así las cosas, el Tribunal incurrió en un yerro jurídico al darle cabida al principio de la condición más beneficiosa y aceptar la aplicación del artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, en los eventos en que la invalidez se estructura en vigencia de la Ley 860 de 2003 y en esa medida el cargo es fundado. No obstante, no puede

prosperar porque en instancia la decisión de la Corte no sería distinta de la condenatoria del Tribunal aunque por otros motivos.

En efecto, la Corte encontraría que es indiscutible que la normatividad que gobierna la controversia es el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, porque el estado de invalidez se estructuró el 9 de abril de 2005. Dicha disposición exige para los afiliados en eventos como el presente donde se trata de una invalidez causada por enfermedad *"Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez"*. Si bien este último requisito de fidelidad de cotización al sistema fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 1° de julio de 2009, en cuanto la decisión no tuvo efectos retroactivos, ha de reclamarse tal exigencia en el *sub lite* puesto que la invalidez se estructuró durante el tiempo que tuvo vigencia.

Al revisar la situación de la actora la Corte hallaría que cumple los requisitos de la Ley 860 de 2003 para acceder a la prestación periódica por invalidez. Cotizó en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado más de cincuenta semanas,

habiendo sufragado en ese lapso 154,2 semanas. Igualmente cumple el requisito de fidelidad de cotización la sistema, que es del 20% del periodo comprendido entre la fecha en que cumplió 20 años de edad (21 de febrero de 1968) y la de la primera calificación del estado de invalidez (3 de mayo de 2004) equivalente a 372,3 semanas, pues a las 326,1 semanas que encontró el Tribunal habría que adicionar las 71,1 semanas cotizadas por la demandante a la Caja de Previsión Social del Municipio de Filandia entre el 13 de abril y el 31 de diciembre de 1981, y entre el 1º de enero y el 30 de agosto de 1982, para un total de 397,2 semanas.

Y es que no existe razón válida para excluir de la contabilización de aportes para verificar el cumplimiento del requisito de fidelidad de cotizaciones al sistema para efectos de la pensión de invalidez, esas 71,1 semanas, con apoyo en el parágrafo del artículo 115 de la Ley 100 de 1993 que prevé que los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad, hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o a las cajas o fondos de previsión del sector público, *"que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono"*, pues esa disposición que fue declarada exequible mediante sentencia C-506 de 16 de mayo de 2001, regula un aspecto distinto del que aquí se trata.

Una cosa es la exigencia de haber cotizado un número mínimo de 150 semanas al momento del traslado para tener derecho a bono pensional, que tiene incidencia frente a la conformación del capital de la cuenta de ahorro individual, es decir que esas semanas no se puedan tener en cuenta para la financiación de las prestaciones por vía de bono pensional, y otra muy distinta, es que no se deban contabilizar para efectos de definir el derecho a una determinada prestación de la seguridad social, lo cual no tiene asidero en la normatividad de la Ley 100.

Por el contrario el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 dispone que *"Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio"*. Y no se discute que la demandante sufragó 71,1 semanas a la Caja de Previsión Social del Municipio de Finlandia, por servicios prestados a esa entidad territorial entre el 13 de abril y el 31 de diciembre de 1981, y entre el 1º de enero y el 30 de agosto de 1982 (fl 16).

Se podría alegar que si ese tiempo no se incluye para conformar el capital de la cuenta individual, tampoco puede considerarse para verificar el cumplimiento de los

requisitos para causar el derecho a la pensión, sin embargo, ese argumento no tiene cabida frente a la pensión de invalidez, pues para el caso de esta contingencia en el régimen de ahorro individual se contrata un seguro que cubre la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie la pensión. Prevé el artículo 70 de la Ley 100 de 1993, "*Las pensiones de invalidez se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional si a éste hubiere lugar, y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. La suma adicional estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes*". Esto significa que si no hay lugar a bono pensional como es aquí el caso, la prestación se financiará con las cotizaciones y sus rendimientos que estén en la cuenta individual, y la suma adicional a cargo de la aseguradora.

Por lo demás, para efectos de los requisitos para obtener la pensión de invalidez por riesgo común en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el artículo 69 de la Ley 100 remite a las disposiciones que regulan dicha prestación en el régimen de prima media, por lo que la exigencia de fidelidad al sistema es para los dos regímenes y no existiría razón que justificara que para los afiliados al régimen de prima para definir el derecho cuenten todas las semanas sufragadas al sistema y no así para los del régimen de ahorro individual, pues tal

previsión no la contempla el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Así las cosas, el cargo es fundado pero no próspero.

Sin costas en el recurso extraordinario por no haberse causado y por ser fundada la acusación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de veinticuatro (24) de febrero de dos mil nueve (2009), proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en el proceso promovido por **MARÍA CONSUELO RESTREPO RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..**

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ CAMILO TARQUINO GALLEGÓ

SALA DE CASACIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

EXPEDIENTE 40492

Acta No. 10

Bogotá, 5 de Abril de 2011

**MARÍA CONSUELO RESTREPO RAMÍREZ VS.
ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

Magistrado Ponente: Doctor Mauricio Burgos Ruiz

Con el acostumbrado respeto, aclaro mi voto en la decisión tomada en el asunto:

Aunque estoy de acuerdo con la decisión tomada por la Sala, en el sentido de no casar la sentencia del tribunal y también con el argumento central aducido por ella para tal decisión (cumplimiento por parte de la actora de las condiciones exigidas por la Ley 860 de 2003 y particularmente de la densidad de cotizaciones, realizadas a distintas entidades, en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez), debo manifestar mi disentimiento con lo expresado en el fallo acerca de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

En efecto, se afirma en la sentencia que *"no hay lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa cuando la*

persona que se invalida en vigencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 no cumple los requisitos previstos en esa normatividad, pero si las 26 semanas del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original”

Aceptando que la anterior es la posición mayoritaria que hasta el momento ha sostenido la Sala, debo manifestar mi desacuerdo con ella, por las siguientes razones:

El principio de la condición más beneficiosa es uno de los principios cardinales del derecho laboral y de la seguridad social, como elemento integrante del principio protector. Por virtud de este principio, que gobierna el fenómeno de la sucesión normativa, se mantiene la situación de exigencia alcanzada bajo una norma frente a la situación impuesta por una norma posterior, cuando ésta ha establecido un tratamiento peyorativo, en algún aspecto, con respecto a la primera. Se aplica en aquellos casos en que una norma imponga condiciones más gravosas que las impuestas por la legislación inmediatamente anterior, cuando se han consolidado las exigencias de ésta al momento de entrar a regir la nueva preceptiva.

Este principio tiene asidero en los artículos 53 y 215 de la Constitución de 1991 y ha sido reconocido por esta Sala en repetidas oportunidades, aunque con una interpretación restringida.

El artículo 1º de la Ley 860 de 2003 (norma vigente para el momento de estructuración de la invalidez de la actora), estableció para el reconocimiento de la pensión de invalidez que el afiliado hubiera cotizado cincuenta semanas en los tres años anteriores a tal estructuración. Además de ello, para la invalidez de origen común, que se demostrara una fidelidad al sistema de seguridad social, consistente en haber cotizado a éste durante el veinte por ciento *"del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez"*

Sin lugar a dudas, este último requisito (fidelidad al sistema) constituía una condición más gravosa para la obtención del reconocimiento de la pensión de invalidez, en comparación con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que no lo establecía. Y por tanto, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el juez, al apreciar las circunstancias del caso concreto, debería omitir su exigencia.

En el caso objeto del fallo, si la actora solamente hubiera acreditado las ciento cincuenta semanas cotizadas en los últimos tres años (como quedó acreditado, con lo cual, además sobrepasó el número mínimo de semanas -veintiséis-, requerido por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993), pero no hubiese podido comprobar el requisito de fidelidad al sistema, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa habría sido procedente, pues el

mencionado artículo de la Ley 100 de 1993, como se anotó antes, no lo establecía.

Por manera que, en mi concepto, el Tribunal no erró al aplicar dicho principio, aunque se advierte que, para justificar su utilización, se basó erróneamente en no sumar las cotizaciones efectuadas en distintos fondos.

Pero además del principio de la condición más beneficiosa, otro principio propio de la seguridad social –el principio de progresividad–, habría sido procedente, en la misma hipótesis planteada.

En efecto, el requisito de la fidelidad al sistema fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-428/09, por ser violatorio del principio de progresividad, consagrado en los artículos 48 de la Carta Política, 2º del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales y 26 del Pacto de San José, ambos instrumentos ratificados por el estado colombiano, y que por expresa disposición del artículo 93 de la Constitución se erigen como elementos normativos superiores.

Pero ha de recordarse que, **con anterioridad** a tal declaratoria de inexecutable, hubo un número apreciable de sentencias de tutela que declararon la inaplicabilidad del requisito de fidelidad al sistema, consagrado en los numerales 1 y 2 del citado artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Ello, con fundamento en la

flagrante regresividad que implicaba tal exigencia, que por lo mismo era evidentemente violatoria de la Carta y de los instrumentos internacionales antes citados.

Y al ser inaplicable el requisito de fidelidad al sistema, por ser aún antes de su declaratoria de inconstitucionalidad claramente regresivo, es perfectamente factible su no exigencia por parte de los jueces, para las estructuraciones de invalidez acaecidas antes de tal declaratoria.

En otras palabras, en el lapso comprendido entre el 29 de diciembre de 2003 (fecha de promulgación en el Diario Oficial de la Ley 860 de ese año) y el 1º de julio del año 2009 (fecha en que se declaró la inexequibilidad de la exigencia de fidelidad al sistema), puede hacerse caso omiso de tal requerimiento, en tratándose de pensiones de invalidez, argumentando, no un efecto retroactivo de la sentencia C-428/09 (que sería contrario a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996), sino la aplicación de tal principio al caso concreto.

Dejo en estos términos aclarado mi voto.

Fecha *ut supra*.

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE