

LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA, FAVORABILIDAD Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES

A Mario Pasco Cosmópolis, *in memoriam*

OSCAR ANDRÉS BLANCO RIVERA⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

El maestro Américo Plá Rodríguez define los principios jurídicos como “aquellas líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”⁽²⁾. Vásquez Vialard, considera los principios como **verdades anteriores y superiores a la norma legal**, y su **fundamento último y primordial**⁽³⁾ que sustentan la interpretación de las normas de derecho.

(1) Abogado Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Asesor laboral de empresas. Catedrático postgrado en la Universidad Externado de Colombia, del Rosario e Icesi. Miembro y ex Gobernador del Colegio de Abogados del Trabajo. Coautor y autor de varios libros y artículos especializados sobre la materia.

(2) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 3ª ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 14.

(3) VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 127.

En esa misma línea Mario Pasco Cosmópolis formula la siguiente pregunta: ¿Qué son en buena cuenta, los principios *de una disciplina jurídica*? A lo que responde: “El derecho, conforme se nos enseña desde las primeras letras universitarias, no es solo la ley, que es apenas su manifestación objetiva, su concreción positiva. La ley es el reflejo de un pensamiento, de una ideología, de un conjunto de valores a los que apropiadamente podemos reconocer como sus principios [por ello, remata diciendo que], Todo sistema jurídico se asienta en principios, que son su base dogmática y axiológica. Aquel que careciera de tal base sería apenas un conjunto desarticulado de leyes sin alma ni espíritu⁽⁴⁾.”

Las reflexiones anteriores de destacadas figuras del Derecho Laboral latinoamericano, nos permiten adentrarnos en las razones por las cuales los principios de favorabilidad, progresividad y condición más beneficiosa, consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política vigente desde el año de 1991, que junto con otros que allí se mencionan, constituyen los principios mínimos fundamentales que deben tenerse en cuenta en el estatuto del trabajo, vienen adquiriendo tal relevancia en Colombia, que en nuestra opinión ponen en riesgo otros principios como los de equidad, igualdad y de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, que necesariamente obliga a repensar su aplicación amplia y generosa.

II. EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD O *IN DUBIO PRO OPERARIO*

Desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo - CST en 1950, el carácter protectorio al trabajo quedó plasmado en los artículos 9 y 21, de la siguiente manera:

El artículo 9 al definir el trabajo como la actividad que “goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes le asigna a Los funcionarios públicos [la obligación de] prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones”.

En esta primera norma se le otorga primacía al principio protector al trabajo, disponiendo el deber de las autoridades de ejercer la debida y oportuna garantía para lograr la eficacia de los derechos laborales.

(4) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo”. En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez. SPDTSS, Lima, 2004, p. 24.

A su vez, en el artículo 21, en desarrollo del carácter protectorio del trabajo, se consagra el principio de *in dubio pro operario* o de favorabilidad, bajo la premisa de que: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes del trabajo, prevalece la más favorable. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”.

Estos principios adquirieron especial relevancia, decíamos antes, con la consagración establecida en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, al establecer como principio mínimo fundamental, entre otros, el de la situación más favorable al trabajador, como una regla general de interpretación del Derecho Laboral, extendida a las normas de seguridad social, que parte de la existencia de una duda razonable sobre la aplicación de normas vigentes que entran en conflicto, y que ofrece una solución al caso en cuestión al tomar como aplicable la más favorable al trabajador, pero siempre que sea adoptada en su integridad, es decir, sin escindir tal disposición.

Bajo este principio, su aplicación se da a partir del cumplimiento de unas líneas directrices, a saber: “(i) la duda surge sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, entendidas estas como ‘un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica’; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse, debe respetar el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo”⁽⁵⁾. También aplica este principio, cuando el juez escoge, entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.

Traído al campo de aplicación del Sistema General de Seguridad Social, el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 fija la siguiente regla de interpretación respecto del principio de favorabilidad: “Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en las leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley”.

Al observar esta regla, donde en apariencia podría suponer una remisión al principio de condición más beneficiosa, que en nuestro sentir no lo es, se concluye que al coexistir normas de derecho que regulen una misma situación fáctica, o

(5) Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia Rad. 40662, 15 de febrero de 2011.

una norma que tenga varios sentidos posibles, cuya duda resulte insalvable, para que pueda cumplirse la premisa principal, –coexistencia de normas–, debe el juez escoger la que resulte más favorable al trabajador. Significa que la aplicación de este principio debe seguir esta regla, pues no sería de aceptación cualquier duda, sino una duda razonable que crea incertidumbre al momento de resolver el caso que se controvierte. En ese sentido, parte del cotejo de dos o más normas que se encuentran vigentes y que se refieren a la misma materia, caso en el cual se escogerá en su integridad, la más favorable.

En consecuencia, no se trata de que el juez cree nuevas instituciones ni nuevas reglas, ni que su interpretación entre en pugna con la voluntad del legislador, sino que por vía de interpretación, aplique armónicamente la más favorable.

III. LOS PRINCIPIOS DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA Y PROGRESIVIDAD

La derogada Constitución Política de 1886, modificada por el Acto Legislativo N° 1 de 1936, consagró en su artículo 17 lo siguiente:

“El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado”.

Esta norma fue desarrollada, como lo señalamos antes, por el artículo 9 del CST, que como ya dijimos fue expedido en 1950. Pero, en vigencia de la Constitución Política promulgada en 1991, se consagraron en el Capítulo 2 *in extenso* los derechos sociales, económicos y culturales de la familia, la mujer, el hombre, los niños, los adolescentes, los miembros de la tercera edad. Y en el caso concreto de los derechos sociales laborales, dispuso el artículo 53, lo siguiente:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía

a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

En el caso particular del principio de favorabilidad, el artículo citado consagró lo siguiente: “La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...); situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; (...)”. Es decir, que el principio propiamente dicho de la condición más beneficiosa no fue consagrado en forma expresa, sin que esto signifique desconocer, por parte nuestra, que esta regla de interpretación —la condición más beneficiosa—, es una derivación del principio protector del trabajador. Pero, también hay que resaltar que tampoco fue señalado de manera expresa en el artículo 48 constitucional que consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, irrenunciable, que garantiza a todos los habitantes en forma progresiva la cobertura de la seguridad social.

¿Por qué de manera expresa no lo hizo el constituyente de 1991, como si lo señaló en relación con la regla de favorabilidad? Consultada la jurisprudencia a la luz de la Constitución de 1991, se observa que este principio ha sido fruto del desarrollo jurisprudencial, pues en el pasado era dejado de lado porque se consideraba que introducía un elemento de inestabilidad o inseguridad jurídica, ya que remitía a una norma anterior, derogada, ordenando su aplicación, bajo la premisa de que la ley nueva resultaba desfavorable frente a la anterior.

El jurista peruano Romero Montes, en su artículo “La crisis de los principios del derecho del trabajo”, nos dice sobre este principio lo siguiente: “El principio de condición más beneficiosa, por lo general es de carácter contractual. Conforme al mismo los sujetos del contrato de trabajo pueden de mutuo acuerdo, o por decisión unilateral del empresario, establecer condiciones de trabajo más favorables a las establecidas en las normas legales y convencionales reguladoras de una concreta relación de trabajo, prevaleciendo las primeras sobre estas. El fundamento está en la consideración de que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio

del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos”⁽⁶⁾.

Hasta acá, es correcto considerar, que cuando por disposición contractual se establecen beneficios superiores a los legales, son aquellos, los favorables, los aplicables, porque afecta situaciones *inter partes*. Además, porque respeta el mínimo de derechos y garantías consagrado en el artículo 13 CST. Pero, cuando este principio o regla de interpretación del derecho se lleva al campo de la confrontación entre una ley derogada y una ley nueva que establece nuevas condiciones, por ejemplo, pensionales, a personas que aún no han cumplido requisitos para obtener el reconocimiento de la prestación a la luz de la ley vigente, es cuando estimamos que la aplicación del principio de condición más beneficiosa produce o genera una **regresividad** normativa, que no progresividad, perdiendo la dinámica de avance del derecho que ajusta el legislador a las condiciones del desarrollo social de un país, las expectativas de vida, la cobertura universal de la seguridad social, en una economía con recursos escasos, pues no es un capricho del legislador introducir mayores requisitos o disminuir montos de las pensiones, sino de hacer los ajustes necesarios en forma oportuna y sostenible, produce un efecto positivo en el mantenimiento de los principios de igualdad y equidad en materia pensional con gastos presupuestales crecientes.

Sin embargo, en la forma como en el caso de pensiones se viene aplicando por parte de las Altas Cortes de Colombia, que se sustenta en que “busca preservar para los trabajadores o afiliados el régimen anterior (inmediatamente derogado) más favorable contenido en las diversas fuentes jurídicas formales, frente a la reforma, modificación o cambio abrupto de dicho régimen, (...) no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente en que las satisfizo” (Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, sentencias Rad. 40662, 15 febrero, 2011, Rad. 42501, 25 julio, 2012, Rad. 38674, 25 julio, 2012), es donde precisamente radica nuestra discrepancia.

En efecto, según el argumento antes expuesto, al ser este principio un elemento de protección al trabajador o afiliado, la condición más beneficiosa tiene

(6) ROMERO MONTES, Francisco Javier. “La crisis de los principios del derecho del trabajo”. Tomado de la web. Profesor de las universidades Nacional Mayor de San Marcos y de San Martín de Porres, Lima.

por finalidad evitar que la aplicación de la nueva norma, por contener requisitos más gravosos que los establecidos en la ley inmediatamente anterior, no se aplique. Observamos que bajo este criterio se entremezclan dos principios que persiguen fines diferentes: el de favorabilidad, con el de condición más beneficiosa, puesto que si el primero persigue que el criterio que resulte más favorable al trabajador del sentido de una ley vigente es el aplicable al caso concreto, en el segundo, se retrae al inmediato pasado, buscando la norma derogada que resulta más beneficiosa, lo que en nuestra opinión desquicia la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

El anterior criterio expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes citadas, contrasta con lo dicho sobre tales principios por la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004, donde señaló, al resolver sobre la exequibilidad de la Ley N° 789 de 2002, lo siguiente:

La posible justificación de disminuciones en la protección de derechos sociales y el principio de proporcionalidad.

“25.- El anterior análisis permite concluir que las reformas laborales que disminuyen protecciones alcanzadas por los trabajadores son constitucionalmente problemáticas por cuanto pueden afectar el principio de progresividad. Ellas podrían vulnerar la prohibición prima facie de que no existan medidas regresivas en la protección de los derechos sociales. Por ende, la libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no solo (i) no puede desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.

26.- Ahora bien, para determinar la intensidad del análisis de proporcionalidad de las medidas acusadas, conviene tener en cuenta que las regulaciones laborales suelen tener una connotación de intervención del Estado en la economía, en donde la Carta reconoce una amplia libertad de configuración al Congreso (CP arts. 333 y 334). Por ello, en estas materias, el escrutinio judicial debe ser

flexible y deferente con las autoridades políticas, a fin de respetar la discrecionalidad que la Carta les concede. Y es que, como esta Corte lo ha reiterado en numerosas oportunidades, entre mayor es la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional, mientras que ese escrutinio judicial debe ser más riguroso cuando el legislador regula esferas en donde su margen de apreciación ha sido restringido por la propia Constitución.

Sin embargo, las regulaciones acusadas no solo tienen incidencia sobre un derecho social fundamental, como es el derecho al trabajo (CP arts. 25 y 53) sino que además implican una regulación diversa de la protección de ese derecho social, lo cual podría ser contrario, al menos prima facie, al mandato constitucional de progresividad. Y esto obliga a que el escrutinio judicial sea riguroso, pues ese tipo de medidas se presumen contrarias a la Constitución, al PIDESC y al Protocolo de San Salvador.

27- Las anteriores características del presente caso hacen que el análisis de proporcionalidad que la Corte debe adelantar sea en ciertos aspectos flexible y deferente con el Congreso, (por tratarse de un asunto económico en donde la libertad del legislador es amplia), pero en otros puntos deba ser más estricto y riguroso, puesto que se examinan unas medidas que disminuyen la protección de un derecho social fundamental, como el derecho al trabajo”.

Así, es obvio que frente a debates entre posibles políticas económicas, en donde existan perspectivas teóricas encontradas pero razonables sobre determinados puntos, el juez constitucional debe ser deferente frente a la posición que ha sido asumida por el Congreso, puesto que se trata de asuntos controvertidos por la propia teoría económica y la decisión legislativa goza de la legitimidad que deriva de ser una opción tomada por un órgano democráticamente electo. El examen de la idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas no puede ser muy estricto puesto que estamos en un terreno de enorme incertidumbre empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques. Ahora bien, la doctrina, con criterios que esta Corte comparte, ha señalado que entre más inseguras y discutidas sean las premisas empíricas en que se funda una decisión del legislador, menos intenso debe ser el control constitucional de la opción legislativa, puesto que el juez constitucional no cuenta con conocimientos seguros para cuestionar

dicha opción, precisamente porque se trata de un terreno polémico y controvertido en términos de la ciencia y la cultura.

Sin embargo, como se trata del examen de una medida que disminuye la protección de un derecho social, la Corte debe verificar más rigurosamente que las medidas sean proporcionadas, en cuanto a los objetivos perseguidos, al cuidado de los propios debates democráticos y a los sacrificios eventualmente impuestos a los trabajadores. Con esos criterios, entra la Corte a examinar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

En esta primera argumentación que hace la Corte Constitucional acepta que, si bien el examen de las normas dictadas por el legislador pueden resultar **regresivas** y, por lo tanto, que afectan al trabajador por reducir algunas de sus anteriores prerrogativas, es necesario tener en cuenta las razones del legislador para haber introducido tales reformas. Es decir, existe una razón de Estado que justifica la reforma, como lo puede ser algún sacrificio o recorte de beneficios de la clase trabajadora en aras de procurar el fomento del empleo, como más adelante lo advierte la Corte.

En efecto, en el aparte 30 de la sentencia en comento, considera la Corte lo siguiente:

“30.- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la finalidad de las normas acusadas de promover el empleo y el crecimiento económico es claramente constitucional. Además, se trata de un propósito constitucional imperioso, pues la Carta le impone al Estado la obligación de lograr el pleno empleo de los recursos humanos, por lo que la promoción efectiva del empleo podría eventualmente justificar una limitación de la protección del derecho al trabajo (...) Por ello la Corte considera que en estos casos, a pesar de la deferencia hacia el debate democrático, es necesario que el juez constitucional verifique (i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo (...)”.

Finalmente, trae la Corte Constitucional el siguiente ejemplo justificatorio de su particular visión sobre los principios de condición más beneficiosa y progresividad, así:

“34.- En tal contexto, la ampliación de la jornada diurna de las 6 PM a las 10 PM (art. 25) fue justificada como una medida que permite que ciertos sectores de la economía, en especial las empresas comerciales y de servicios, puedan ampliar sus jornadas de trabajo, sin recargos por trabajo nocturno, con lo cual se estimula una mayor ocupación laboral en esos sectores. La reducción de los recargos en festivos (art. 26) tiene un propósito semejante, pues busca permitir una mayor flexibilidad a las empresas, sin que dicha flexibilidad se traduzca en recargos salariales, con lo cual se considera que se fomenta el empleo en esos sectores. Estas medidas se ven complementadas por la introducción de la jornada laboral flexible (art. 51) que permitiría a las empresas, de común acuerdo con sus trabajadores, organizar turnos de trabajo, que flexibilicen la producción y reduzcan los costos, con lo cual las empresas pueden tornarse más competitivas y pueden contratar nuevos empleados. Por su parte, la reducción del monto de las indemnizaciones por despido injusto en los contratos a término indefinido (art. 29) busca disminuir los riesgos de los empresarios para contratar nuevas personas, así como facilitar la adaptación de las empresas a los ciclos económicos, lo cual debería también incentivar el empleo. Además, esa reforma pretende corregir lo que consideraba un incentivo perverso de la regulación precedente, consistente en vincular el monto de la indemnización por despido a los años de antigüedad, en especial para los trabajadores que superaran los 10 años de antigüedad, lo cual habría ‘provocado inestabilidad en el empleo en el sentido de que al acercarse a los diez años de antigüedad, disminuye notablemente la probabilidad de permanecer en el empleo’ ya que ‘los empresarios prefieren despedir una persona antes de los diez años, ya que si lo hace después deberá pagar no 20 días (como es el caso para los rangos entre 5 y 10 años de antigüedad), sino 40 días adicionales a los 45 que se otorgan por cada año de trabajo’”.

En consecuencia, en dichas decisiones observamos dos visiones distintas sobre unos derechos sociales, los primeros, los modificados por la Ley N° 789 de 2002 que afectaron los mínimos establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo relacionados con recargos a la jornada nocturna de trabajo, dominicales y festivos; y los segundos, los dispuestos en la Ley N° 797 de 2003, en materia pensional, que introdujeron cambios en los requisitos pensionales como el incremento de semanas cotizadas y la fidelidad de cotización al sistema, donde, a pesar de partir de premisas similares a la reforma de la Ley N° 789 de 2002, como son los

cambios debidamente sustentados en materia económico social y de sostenibilidad financiera del sistema por parte del legislador, tanto en lo laboral, como el pensional, se tomaron determinaciones diferentes, pues en los primeros fue declarada la exequibilidad de las reformas, mientras que en los segundos se declaró la inconstitucionalidad de las normas demandadas relacionadas en ese caso con el requisito de fidelidad de cotización al sistema pensional.

Ahora bien. Si revisamos el Acto Legislativo 1 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Carta Política, estableció, con total claridad lo siguiente:

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones”.

De lo dispuesto en esta norma constitucional fuerza concluir que en cada caso la controversia se debe solucionar a la luz de la ley vigente a la fecha del suceso del siniestro (teoría del hecho causante), por lo que no es posible, en nuestra opinión, acudir a principios como el de la condición más beneficiosa para otorgar pensiones de invalidez y de sobrevivientes con otrora requisitos derogados o modificados, pues los requisitos aplicables son los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones en ese momento, como en este caso en particular, la reforma a la Ley N° 100 de 1993 introducida por la Ley N° 797 de 2003 que a partir de su vigencia es la que debe aplicarse al caso concreto, porque, además, es necesario cumplir con las semanas de cotización expresamente señaladas en la ley nueva para acceder a una prestación.

El artículo 48 de la Constitución Política, luego de su adición por el Acto Legislativo 1 de 2005, en su primer inciso incluye como principio de la Seguridad Social el de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Y, sin duda, ese principio de sostenibilidad financiera que debe ser ondeado para estos casos de aplicaciones de principios, se ve seriamente afectado, cuando por la vía judicial se otorgan prestaciones por fuera de lo establecido en las normas vigentes, pues son prestaciones que no cuentan con el respaldo financiero suficiente, por no tener los beneficiarios los requisitos en materia de aportes dispuestos en la ley nueva.

En un sistema de seguridad social de clara naturaleza contributiva como el vigente en Colombia, es indispensable que la financiación de las prestaciones se haga con base en las normas vigentes que establecen los requisitos en materia

de cotizaciones, pues es de suponer que son esas cotizaciones y no otras, las que se han considerado por el legislador como necesarias y suficientes para financiar las prestaciones de todos los afiliados al sistema y no solamente de una parte de ellos. Resalta el hecho de que la viabilidad o sostenibilidad económica del sistema se antepone al favorecimiento de intereses individuales de supuestos beneficiarios de prestaciones, pues de no ser así, se incumple el mandato del artículo 4 de la Constitución Política que, sin lugar a dudas, hace prevalecer el interés general representado por la sostenibilidad financiera de la seguridad social ordenada por la Constitución Política en el inciso primero de la adición al artículo 48, sobre el particular de algunos beneficiarios de afiliados, surgido de la interpretación del juez en el caso individualmente considerado.

En ese orden de ideas, es preciso dejar sentado que, de acuerdo con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicable a los asuntos de seguridad social, las normas sociales producen un efecto general inmediato. Por ejemplo, en los casos de cuando un causante fallece en vigencia del texto original del artículo 46 de la Ley N° 100 de 1993, debe precisarse que esa norma es el precepto que debe aplicarse, pues, no cabe duda de que las normas que regulan el derecho a una pensión de sobrevivientes son las que se hallan vigentes cuando se produce el siniestro (Teoría del hecho causante).

Por otra parte, el artículo 53 de la Carta Política, al regular el principio de favorabilidad, presupone la existencia “(...) de dos o más artículos vigentes que regulen una misma materia (...)”. Lo que indica que constituye una situación que es bien distinta respecto de la aplicación de una norma anterior a la vigencia de la Ley N° 100 de 1993 que creó el sistema general de seguridad social integral, pero que fueron modificadas por esta, y que debe ser la aplicable al caso controvertido. Pero esto no es lo que están aplicando nuestras Altas Cortes, pues lo han interpretado como el de acudir a la norma inmediatamente anterior que resulte ser más favorable. Esto, desquicia el sistema de pensiones y pone en serios aprietos la sostenibilidad del mismo.

También se ha sostenido desde antiguo, que la favorabilidad debe aplicarse en forma sistemática; es decir, en forma integral y completa, sin dejar de lado las normas que no le conviene a quien reclama la utilización del principio, pues no puede aprovecharse de las favorables en forma parcial. Lo contrario, rompe los principios de unidad e integralidad dispuestos en los literales d) y e) del artículo 2 de la Ley N° 100 de 1993 que, así las cosas, no pueden ser interpretados de esa forma.

Debe entonces tenerse en cuenta lo antes dicho que una de las reglas de financiación del Sistema General de Pensiones, –al menos como en el caso de la

pensión de sobrevivientes en el Régimen de Ahorro Individual–, dispone en su artículo 77 de la Ley N° 100 de 1993, que la pensión se financia en parte con la suma adicional a cargo de la Aseguradora Previsional; fórmula de financiación que se rompe cuando se accede a una prestación que debe ser cubierta con fondos que no provienen del régimen anterior, que desvirtúa la naturaleza misma, al menos, del régimen de ahorro individual para atender una prestación que pretende traer a colación requisitos derogados por el sistema general de pensiones consagrado en la Ley N° 100 de 1993.

En consecuencia, quiere decir lo antes expuesto que, si se admitiese la procedencia del principio de la condición más beneficiosa en materia de tránsito legislativo de normas sobre pensiones, es claro, al menos, que no puede tener aplicación respecto de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniendo en cuenta que la forma de financiamiento de las prestaciones que otorga no permite el reconocimiento de pensiones respecto de afiliados que no tengan en su cuenta individual el capital suficiente para generar una pensión. Y, desde luego, la suma necesaria para fundear la pensión no puede provenir del patrimonio de la entidad administradora, pues es esa una obligación que no cuenta con respaldo en la ley, como tampoco de la cobertura que se otorgue por razón del seguro previsional a cargo de una compañía de seguros, que no debe responder por la insuficiencia en las cotizaciones de los afiliados.

Dice la regla general de interpretación del derecho como la consagrada en el artículo 27 del Título Preliminar del Código Civil que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu. Esta regla clásica vigente en Colombia desde finales del siglo XIX, es suficiente para darle el entendimiento correcto a la aplicación de las normas vigentes cuando se sucede el siniestro.

En consecuencia, no puede el juez individual o colegiado otorgar prestaciones pensionales dentro del sistema general de pensiones con base en disposiciones modificadas o derogadas que rompen los principios de unidad e integralidad del Sistema, puesto que los dispensadores de justicia, no pueden desconocer ni modificar la voluntad legislativa con argumentos que se sustentan en criterios subjetivos de equidad, que conlleva la inaplicación de la norma vigente que regula la prestación pensional, so pretexto de acudir a la condición más beneficiosa, pretendiendo darle un cariz de lo justo en detrimento de lo legal sobre el cual está montado un sistema pensional como el vigente en Colombia.

Y en cuanto al principio de progresividad, se parte de la base que debe ser la natural evolución de una norma de derecho, pues lo contrario la haría regresiva. Este argumento lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-556 del

20 de agosto de 2009 que declaró la inexecutable del requisito de fidelidad establecido en el artículo 12 de la Ley N° 797 de 2003. En esta oportunidad la Corte dijo lo siguiente:

“El deber asumido por el Estado al respecto es de no regresividad, es decir, no es legítimo, en principio, adoptar medidas ni sancionar normas jurídicas que disminuyan los derechos económicos, sociales y culturales de los que disfruta la población. Dado que, por regla general, el Estado se obliga a mejorar el cubrimiento y calidad de estos derechos, simultáneamente asume la proscripción de reducir los niveles vigentes o derogar los ya existentes. Es decir, no pueden existir reformas regresivas, salvo que exista una justificación de raigambre constitucional. Por lo tanto, dentro de la normatividad constitucional se pregona la progresividad de los derechos, lo cual significa, en principio, que han de ser mejorados o dejados igual, pero no disminuidos. Por eso, los mínimos básicos que garantizan las políticas públicas de un Estado, deben ser progresivos y facilitar las estrategias de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Con todo, bien pueden darse unas circunstancias en las que se justifique una regresión, pero solo por superiores razones constitucionales. De tal manera, los derechos inherentes a todos los seres humanos son garantías sociales, beneficios erigidos en pro de la comunidad que el Estado se encuentra obligado a garantizar. Por ejemplo, el derecho a la salud es asumido como fundamental, al constituir una garantía social inalienable. No obstante, que lo colectivo prime sobre lo individual no implica que a las personas individualmente consideradas se les deje de reconocer y proteger sus derechos, en cuanto lo que se busca es atender los problemas fundamentales de todos, con igualdad, sin dejar a nadie por fuera. La progresividad conlleva al mismo tiempo mandatos de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación del Estado, que es todo lo contrario a una autorización para dilatar la efectividad de los derechos previamente consagrado”.

Y sobre el principio de progresividad, afirmó lo siguiente:

“Del principio de progresividad (la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta) se deriva la prohibición de regresividad (las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente). Así, el Estado se encuentra obligado a aumentar

progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos. Como se verá, uno de tales avances es la inversión de recursos para la satisfacción del derecho, especialmente si existe una deficiente prestación del mismo por insuficiente cobertura, baja calidad o adaptabilidad. La prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corte. En algunas de ellas la Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que esta en proceso de acceder al derecho. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población. Como lo ha señalado la Corte, cuando una norma retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional. Sin embargo, esta presunción admite, prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición *prima facie* y no absoluta”.

Sin embargo, recordemos que tal como antes lo señalamos, la Corte dijo todo lo contrario en la sentencia C-038 de 2004 cuando declaró la exequibilidad de las normas que modificaron varias disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, entre ellas, la jornada nocturna, los recargos dominicales y festivos, el contrato de los aprendices, etc., pues en esa sentencia si avaló la justificación que tuvo en cuenta el legislador para introducir modificaciones al Código Sustantivo del Trabajo, francamente regresivas, pero que estimó razonables para combatir el desempleo y fomentar el crecimiento de la economía.

Esta contradicción es evidente, pues mientras en aquella se refirió a la sostenibilidad del sistema, en este caso laboral y de mercado de trabajo, en la última avaló la progresividad frente al requisito de fidelidad que perseguía la sostenibilidad del sistema de pensiones, que lo consideró como regresivo.

Por ejemplo, esa contradicción quedó expuesta en una decisión de la Sala Laboral de la Corte cuando en la sentencia del 17 de agosto de 2011, radicado 36747, dijo lo siguiente: “Sin embargo, como ya en múltiples oportunidades esta Corporación lo ha sostenido, la norma que regula la pensión de invalidez es la que se encuentra vigente al momento de la estructuración del estado de invalidez

y es a la luz de esta que debe analizarse el cumplimiento de las exigencias para adquirir dicho beneficio”.

IV. LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA Y EL PRINCIPIO DEL HECHO CAUSANTE

Es evidente que, más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando se expidan leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas. Dicho con otras palabras, la Constitución prohíbe al Congreso establecer sistemas de pensiones financieramente insostenibles. Esta obligación para el órgano legislativo opera a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, o sea, a partir del 29 de julio de 2005.

Establece el Acto Legislativo en cita lo siguiente:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.

Ahora bien, si tal regla constitucional rige para el órgano legislativo, debe necesariamente regir para las ramas ejecutiva y jurisdiccional. Si un juez rompe dicha regla constitucional, desde luego que afecta la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, que debe ser acatada y cumplida por los órganos del poder público. Lo contrario, haría suponer que una de las tres ramas se erige en una rueda suelta, lo que no es posible. Recordemos que el artículo 230 de la Constitución Política impone a los jueces su sometimiento al imperio de la ley, dejando la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares de la actividad judicial, lo que significa que no deben convertirse los criterios auxiliares en la función judicial principal del juez.

Sin embargo, consideramos que esta regla constitucional no se observa en las decisiones de nuestro más alto tribunal de justicia ordinaria, puesto que si le otorga al principio de la condición más beneficiosa un efecto que no atenta contra la regla de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, deja de lado que tal regla no solo obliga específicamente al legislativo, sino que obliga a todas las

autoridades y funcionarios públicos del país, incluidos los jueces, ya que dicha regla impone que los derechos pensionales solo se otorgan a las personas que han reunido las exigencias o requisitos que, bajo una normativa determinada, aseguran a ellas o a sus sucesores la obtención de un derecho. Y al reunir esas exigencias legales, traducidas en una determinada densidad de cotizaciones o en un capital suficiente, esas personas han igualmente satisfecho las exigencias de tipo financiero demandadas por el sistema, según la normativa vigente para ese momento. O sea, para el sistema vigente en ese momento del siniestro, sus pensiones estaban financiadas al cumplir el tiempo exigido de cotización.

Pero, cuando en algunos casos como los que examinamos, la Sala Laboral de la Corte deja de lado el cumplimiento de los requisitos señalados por la ley nueva, como, por ejemplo, de semanas mínimas cotizadas impuestas bajo una determinada normativa derogada, significa que la pensión para la cual ha cotizado no está garantizada por el propio Estado, con lo cual no se cumple con el elemento normativo adicionado al artículo 48 de la Constitución por el Acto Legislativo número 1 de 2005, que ordena que “El Estado garantizará (...) la sostenibilidad financiera del sistema pensional”.

En nuestro criterio, tal decisión de la Sala Laboral de la Corte no es de aceptación, porque en primer lugar, no es cierto que la pensión de sobrevivientes se encuentre financiada por las cotizaciones acumuladas bajo la norma derogada. En gracia de discusión, esto podría ser cierto para el régimen de prima media con prestación definida, que se caracteriza por ser financiadas por el fondo común pensional, donde el principio de solidaridad prima en los casos de las pensiones de sobrevivientes y de invalidez, y aun, en las pensiones de vejez. Pero, en segundo lugar, en cuanto corresponde al régimen de ahorro individual, no podemos pasar por alto que la regla de financiación es diferente a la de prima media: como que en aquella, la de ahorro individual, la acumulación de un determinado capital en la cuenta de ahorro pensional de un afiliado, más sus rendimientos abonados en cuenta, el bono pensional, si a ello da lugar, y, en caso de muerte o invalidez del afiliado, la suma adicional cubierta por la aseguradora previsional, parte de la base que se está ante el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma vigente. Por lo que en estos casos, no tiene sustento alguno estimar que se trata de una pensión financiada con las cotizaciones efectuadas bajo la norma derogada.

Por todo lo anterior, es necesario que nuestra jurisprudencia nacional retome la regla general de interpretación de la denominada teoría del hecho causante. Como marco de referencia de esta teoría, traemos a colación unas sentencias del Tribunal de lo Social español, que se encuentra expuesta en línea con la

de los países de la Unión Europea, para solo citar esta importante región mundial. Dicha teoría se expresa en varias de las sentencias recogidas al efecto, de la siguiente manera:

En sentencia del Tribunal Superior, Sala de lo Social, recurso de casación 1145 de 2008, M.P. José Manuel López García de la Serrana, se señala lo siguiente:

“Por otro lado, desde nuestra sentencia de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1069) (RCUD 200/99), esta Sala viene entendiendo que la fecha del accidente de trabajo determina la normativa aplicable y, consecuentemente, las prestaciones debidas, las mejoras que las complementan y la entidad aseguradora responsable del pago de las mismas. Con base en los artículos 100 y 104 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, se ha estimado que una cosa es la fecha del siniestro asegurado, el accidente, y otra la fecha en que se consolidan las secuelas derivadas del mismo y se actualiza el riesgo cubierto naciendo la obligación de pagar el capital asegurado” (S.TS., además de la ya citada, del 4 de octubre de 2001 (RJ 2002, 1415) (Rec. 3902/00), 24 de mayo de 2000 RJ 2000, 4639) (Rec. 1549/99), 10 de junio de 2002 (RJ 2002, 6923) (Rec. 713/02), entre otras).

En sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, número 4788 de 9 de junio de 2008, M.P. Ignacio María Palos Peñarroya, se reitera la línea jurisprudencial antes citada, así:

“Con carácter general se ha sostenido que en una prestación complementaria de la Seguridad Social ‘como regla general, rige el principio general de que hay que estar a la fecha del hecho causante para el nacimiento de la prestación’, entendiendo como prestación causada aquella a la que tenga derecho el beneficiario por haberse producido la contingencia o situación objeto de protección en la fecha del hecho causante, existiendo, por tanto, en principio una prohibición de menoscabo o reducción de los derechos adquiridos, debiendo aplicarse el principio pro-beneficiario en los casos dudosos, por regir el principio de irretroactividad de las normas de Seguridad Social, salvo que en ellas se disponga lo contrario” (Tribunal Supremo. Sentencia del 30 de abril de 2007).

Agrega la sentencia antes citada que: “La fijación temporal del hecho causante en el momento de la declaración de la IP (incapacidad permanente) en el

sentido indicado es, sin duda, la que aporta mayor seguridad en el tráfico jurídico, permitiendo atribuir con certidumbre las responsabilidades de prestaciones complementarias de la Seguridad Social asumidas, e identificar también con facilidad a los empresarios o entidades aseguradoras responsables”.

De las anteriores citas se resalta el elemento seguridad jurídica que es, precisamente, lo que se avala en este criterio general de interpretación, que imprime certidumbre de las responsabilidades que debe asumir cada parte en la adjudicación del derecho prestacional reclamado.

Para el jurista español Javier Sagardoy⁽⁷⁾, como regla general para el caso del nacimiento de la pensión, “el hecho causante de la pensión de jubilación es el cese en la actividad productiva, así el hecho causante se produce el día del cese en el trabajo por cuenta ajena, si se está en situación de alta, por ello, la pensión nace el día siguiente al último trabajado, no el último en que se trabaja y, por tanto, cotiza”.

Y establece las siguientes reglas a considerar: “Desde una situación asimilada al alta, el hecho causante se produce, a) En la situación de excedencia forzosa, el día en que se cese en el cargo; b) En el supuesto de trabajadores trasladados fuera del territorio nacional, el día del cese en el trabajo; c) En el caso de un trabajador con convenio especial en el Régimen General, se produce el hecho causante en el momento del cese en la situación recogida en el propio convenio especial, reuniendo los requisitos de edad y carencia; d) En el supuesto de trabajador mayor de cincuenta y dos años perceptor de subsidio por desempleo, se entiende producido en el momento en que cumpla la edad mínima necesaria para percibir la pensión de jubilación, anticipada u ordinaria; e) En los demás supuestos de asimilación al alta, el hecho causante se entiende producido el día de formulación de la solicitud.

En caso de situación de no alta ni asimilada, se entiende producido el hecho causante el día de la solicitud, surtiendo efectos la pensión desde el día siguiente a la formulación de dicha solicitud”.

En el caso de la situación de incapacidad permanente, fija el siguiente criterio:

“Desde la situación de denegación de incapacidad permanente por tener la edad ordinaria de jubilación y el resto de los requisitos

(7) Sagardoy Despacho de Abogados, en: <www.javiersagardoy.com/jubilación-definición-y-requisitos.html>.

exigidos para esta, el hecho causante depende de las siguientes circunstancias: a) Si la extinción de la incapacidad temporal se produce por alta con propuesta de incapacidad permanente o por agotamiento por el transcurso del plazo máximo, el hecho causante será la fecha de extinción de la incapacidad temporal; b) Si el procedimiento para la declaración de la incapacidad permanente se inicia a instancia de parte, el hecho causante de la posterior jubilación será la fecha de solicitud de la incapacidad permanente, si el interesado ya había cesado en la actividad laboral y solicita la jubilación en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación de la resolución denegatoria de la incapacidad permanente. Por el contrario, será fecha del hecho causante la de la propia solicitud de jubilación, si esta se presenta pasados tres meses desde la denegación de la incapacidad permanente. Si el interesado no hubiera causado baja en el trabajo, la fecha del hecho causante de la jubilación será la del cese en el trabajo, si la solicitud de jubilación se presenta dentro de los tres meses siguientes a la fecha de cese en el trabajo”.

Es decir, la seguridad jurídica que impone la teoría del hecho causante es relevante para la determinación del momento que se adquiere el derecho, como cuando se cumplen los requisitos pensionales, o la fecha de cuando se produce el accidente que genera una incapacidad permanente, para establecer el acceso al derecho eventual, lo cual es de vital importancia en aras del interés general, la sostenibilidad financiera del sistema, frente a aquellos principios que tratan de ser protectorios pero que introducen mecanismos inseguros de la interpretación del derecho, que terminan imponiendo reglas particulares, que en mi opinión no deben ser de recibo en nuestra jurisprudencia.

V. CONCLUSIONES

La experiencia acumulada en defensa de la certidumbre y seguridad jurídica en pro de la aplicación de la regla jurídica vigente, sin remisiones a un pasado derogado por el legislador, por razones de interés general, tiene como sustento el carácter irretroactivo de la ley de seguridad social, al igual que el principio o regla de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y la prevalencia del imperio de la ley de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y funcionarios del Estado colombiano, sin excepción alguna, y sin que esto suponga una ruptura de la autonomía del juez competente, pues debe tenerse en

cuenta que el juez individual o colegiado tiene límites establecidos por la propia Constitución y la ley para la resolución de un conflicto de derecho, en especial en materias sociales, donde tiene que prevalecer el interés general sobre el particular, puesto que de hacer valer este último, el particular, se pone en grave riesgo el sistema general de seguridad social en pensiones.

BIBLIOGRAFÍA

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 3ª ed. actualizada, De Palma, Buenos Aires, 1998.

VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1982.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo”. En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez. SPDTSS, Lima, 2004, p. 24.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia Rad. 40662, 15 febrero, 2011. Bogotá D.C., octubre, 2014.