



SALVAMENTO DE VOTO

REF. ORDINARIO DE ELVIRA ESPERANZA JURADO MONTILLA, JOSEPH ALEJANDRO GÓMEZ JURADO Y KENNY LUCIA GÓMEZ JURADO VS. COLPENSIONES

RADICACIÓN: 760013105 012 2022 00131 01

Santiago de Cali, diecisiete (17) marzo de dos mil veintitrés (2023).

Me permito salvar el voto en el asunto de la referencia, con fundamento en lo siguiente:

1. La denominada condición más beneficiosa de la pensión de sobrevivientes producto del cambio normativo de Ley 100 de 1993 a Ley 797 de 2003, de acuerdo con la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹ tiene una vigencia temporal de 3 años contados a partir de que se promulgó la última disposición en 2003, esto es, va hasta el 29 de enero de 2006 y el afiliado WILSON JAIR GÓMEZ OTERO falleció el 14 de febrero de 2018.

2. Es discutible la limitación temporal que efectúa la Corte Suprema de Justicia, pues, desconoce el postulado mismo de la mal denominada condición más beneficiosa, pues, desconoce los principios de progresividad y de universalidad propio de la Seguridad Social, vaciándolos de contenido, por el simple hecho de que el afiliado fallece con posterioridad al término señalado por la Corte.

¹ Sentencia SL-2358-2016, radicación 44596 del 25 de enero de 2016, M.P. doctores Fernando Castillo Cadena y Jorge Luís Quiroz Alemán.



3. En estricto sentido, creo que, frente al cambio normativo, el concepto a aplicar deberían ser los principios de universalidad y no regresividad, empero, nuestra jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional se han decantado por el principio de la condición más beneficiosa.

Por otra parte, la jurisprudencia no ha desarrollado la otra variante de la condición más beneficiosa, que, de manera muy simple, sin atender a todas las complejidades que conlleva, consistente en que, los derechos reconocidos unilateralmente por el empleador o por acuerdo entre las partes quedan incorporado al contrato de trabajo, los cuales no puede ser revocados de manera unilateral, sino por los cauces legales².

² El profesor Ángel Luis de Val Tena, en su artículo La Modificación y Extinción de la Condición Más Beneficiosa, Revista Documentación Laboral, No 114, año 2018, vol. II, ediciones Cinca, Madrid 2018, pág. 49, conceptúa al respecto: “ Se entiende por condición más beneficiosa "el derecho nacido del acuerdo expreso o tácito de las partes del contrato de trabajo que, manifestando su voluntad en tal sentido, introducen condiciones laborales o regímenes jurídicos más beneficiosos para el trabajador que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, los cuales deberán ser respetados en sus propios términos hasta su modificación o supresión por los procedimientos oportunos". Formulada en esos términos, se puede afirmar que toda condición de trabajo establecida por el contrato de trabajo es, en principio, una condición más beneficiosa, puesto que la única² virtualidad de la autonomía individual es la mejora de las disposiciones legales o convencionales.

Sería este, como describe la jurisprudencia, el "sentido vertical" de la expresión condición más beneficiosa, que designa la mejora que en las condiciones de trabajo o empleo introducen las partes del contrato de trabajo sobre la regulación de esas condiciones contenida en la norma estatal o convencional, incluyendo también las condiciones de este carácter que pueden surgir de una conducta unilateral del empresario, planteándose entonces el problema de en qué medida esa conducta expresa realmente una voluntad de reconocimiento del beneficio a efectos de su incorporación al vínculo contractual. En "sentido horizontal", dentro del marco de la sucesión normativa, la condición más beneficiosa se identifica como una regulación que por su carácter puede subsistir frente a otra -más restrictiva- que la sucede en el tiempo.

Las dudas se plantean no tanto por el régimen jurídico aplicable, sino por su reconocimiento como condición más beneficiosa; dicho con otras palabras, la conflictividad aflora cuando no hay consenso para discernir si se está disfrutando aquella condición de trabajo en virtud de un pacto contractual



Desde el ámbito internacional, el principio de la Universalidad está consagrado en los artículos 22³ y 25-1⁴ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 9⁵ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos ratificados por Colombia

En la técnica del seguro se requiere estar cotizando durante cierto tiempo, no debe olvidarse que, nuestro sistema de protección ha avanzado, llegando al concepto de Seguridad Social⁶, guiada por dos principios básicos: la universalidad y la irrenunciabilidad.

El principio de Universalidad no es un mero programa, sino que la interpretación de las normas de seguridad social debe hacerse con base en su contenido y ante los vacíos que presenta la legislación este cumple una función de integración de lagunas de tal forma que el intérprete de una manera razonada y coherente pueda llenar la deficiencia del sistema jurídico. Lo anterior, tiene sustento en el artículo 19 del C.S. T., en armonía con los artículos 1, 2, 11 y 288 de la Ley 100 de 1993.

4.- En efecto, aquí viene el desacuerdo con la sentencia que acompaña la mayoría de la sala, pues en nuestro sentir, para que opere la universalidad y no regresividad o como se le llame: condición más beneficiosa, el afiliado debió estar cotizando al

expreso o tácito o, por el contrario, solo es una actuación del empresario que nunca se incorporó al nexo contractual o, simplemente, se trata de un uso o costumbre de empresa, y, en consecuencia, en confirmar si su modificación o supresión por la voluntad única del empresario es válida o no.

³ “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”

⁴ “1.- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

⁵ “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

⁶ El Seguro Social protege exclusivamente a los trabajadores, en cambio, la Seguridad Social tiende a proteger a toda la población; en el seguro social no existe una idea de un plan de protección social, en cambio la seguridad social va enmarcada por una integración en un plan o política social nacional.



momento del cambio normativo y tener 26 semanas en cualquier tiempo anterior a la Ley 797 de 2003, o sin ser cotizante activo haber cotizado 26 semanas en el último año anterior a la vigencia de la Ley 797 de 2003 y 26 años antes del fallecimiento.

El afiliado si bien, era cotizante activo al momento del fallecimiento, no tenía 26 semanas en el año anterior a la vigencia de la Ley 797 de 2003, ni tampoco cumple con 26 semanas antes de la Ley 797 de 2003, y en ese sentido no tenía una situación consolidada antes del cambio normativo que la pueda hacer valer sus beneficiarios al momento de la muerte.

En efecto, el afiliado cotizó: 12/08/1987 al 31/12/1987, un total de 142 días

Del 28/01/1988 al 28/01/1988 cotizó 28 días, para un total de 170 días, lo que nos arroja 24, 28 semanas antes de la Ley 797 de 2003.

Después de Ley 100 de 1993 cotizó 6 semanas, así:

Del 01/01/2018 al 31/01/180 cotizó 28 días.

Del 01/02/2018 al 14/02/2018 cotizó 14 días.

En los anteriores términos dejo sentado mi salvamento de voto.

Atentamente,

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Magistrado Sala Laboral

Firmado Por:
Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **90e9c82661a078c58f74661dc98d25d3f0664a22b87a35fa0d62892199bd65ef**

Documento generado en 17/03/2023 05:31:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>