



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Proceso **Ordinario**
Demandante **Aura Ligia Ortega Burbano**
Demandado **Colpensiones**
Radicación **760013105 015 2021 00093 01**
M. Ponente **Mónica Teresa Hidalgo Oviedo**

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado a las decisiones mayoritarias de la Sala manifiesto que me aparto de la decisión adoptada en el asunto, pues como es bien sabido en materia laboral rige el principio de aplicación inmediata de la Ley, por lo que son las normas vigentes al momento de los hechos las que definen los derechos pensionales. Así, salvo en caso de aplicación del principio de condición más beneficiosa, previsto en el artículo 53 constitucional una norma actualmente derogada puede seguir surtiendo efectos en situaciones específicas, en aras de proteger los derechos adquiridos bajo su vigencia.

En sentencia CC C-168-1995 la Corte Constitucional diferenció derechos adquiridos de expectativas legítimas:

“Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

(...)

Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

“En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'.”

Como es bien sabido el dilema de la aplicación de la Ley en el tiempo se agudiza durante tránsitos normativos ante la posibilidad de que los ciudadanos vean truncados sus derechos en construcción y, precisamente, en procura de la protección de derechos adquiridos, el legislador ha acudido a los regímenes de transición, siendo el de la pensión de vejez del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, uno de los más destacados.

No obstante, en materia de pensiones de invalidez y sobrevivencia cuyos requisitos variaron con la expedición de las Leyes 100 de 1993, 797 y 860 de 2003 para los cuales el legislador no diseñó regímenes de transición, la jurisprudencia ha aceptado la aplicación del principio de la condición más beneficiosa:

“el principio de la condición más beneficiosa opera con referencia a aquella o aquellas disposiciones, derogadas por una norma, cuando la exigencia de esta última es más gravosa que las disposiciones derogadas. En tal caso, el intérprete deberá aplicar la condición más beneficiosa contenida en la norma inmediatamente derogada. Es decir, no se trata de escrutar indefinidamente en el pasado hasta encontrar una condición que pueda ser cumplida por quien alega el mencionado principio que le beneficie” (CSJ SL 14 ag. 2012; rad. 41671).

De igual modo en sentencia CSJ SL 28 ag. 2012; rad. 42395 se aclaró:

“es pertinente destacar que si bien la Corte en diferentes providencias, entre ellas, las que cita el recurrente, venía sosteniendo la tesis de que no es aplicable el principio de la condición más beneficiosa en tratándose de pensiones que se causaron en vigencia de la Ley 797 de 2003, como acontece en el presente caso en el que el afiliado falleció bajo

el régimen de dichas normativas, dicho lineamiento jurisprudencial fue recogido en recientes decisiones para dar paso a su procedencia pero bajo el entendido de que ello no signifique ubicar la norma que más convenga a los intereses del afiliado, sino que debe examinarse la inmediatamente anterior, que corresponde a la Ley 100 de 1993”.

De igual modo, la Corte Constitucional en sentencia CC 115-1991 respaldó la aplicación de este principio, dejando claro que con este no se busca petrificar el régimen normativo sobre la materia. Así reflexionó:

“También debe señalarse que la intangibilidad de los derechos adquiridos no significa que la legislación deba permanecer petrificada indefinidamente y que no pueda sufrir cambios o alteraciones, y tampoco que toda modificación normativa per se desconozca derechos adquiridos, ‘pues nadie tiene derecho a una cierta y eterna reglamentación de sus derechos y obligaciones, ni aún en materia laboral en la cual la regla general, que participa de la definición general de este fenómeno jurídico, en principio hace aplicable la nueva ley a todo contrato en curso, aun si se tiene en cuenta aspectos pasados que aún no están consumados, y tiene por lo tanto efectos retrospectivos, de un lado, y pro futuro, del otro”.

En este contexto, el principio de la condición más beneficiosa es la patente de garantía de que los derechos adquiridos en vigencia de una legislación pretérita se respetarán sobre la libertad de configuración legislativa, básicamente porque esta última se encuentra claramente limitada por el principio de proporcionalidad, según el cual *“el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo”**, los principios mínimos del trabajo previstos en el artículo 53 Constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos, el principio de progresividad y la prohibición *prima facie* de los retrocesos en materia de derechos económicos y sociales.

Así, se ha concebido dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa en algunos casos en los que se hace imperioso extender la vigencia de una norma derogada en aras de salvaguardar derechos adquiridos o, lo que es lo mismo, se admite la vigencia ultractiva de las normas derogadas, cuando en una situación

* CC C-613-1996

concreta se advierta que la persona cumplió con los requisitos para acceder al derecho pensional antes de la modificación normativa.

Ahora bien, el principio de la condición más beneficiosa es una excepción a la regla general enunciada y como tal, no puede aplicarse a discreción del juzgador a cada caso a fin de beneficiar los intereses particulares de quien acude a la jurisdicción, para así efectuar una búsqueda histórica e ilimitada para “seleccionar” el precepto normativo que más beneficie al peticionario, pues ello no solo contradice los principios de seguridad jurídica y legalidad, sino también la imparcialidad que debe regir la actuación judicial y el principio de sostenibilidad financiera que impera en el sistema general de pensiones.

Así pues, ante un caso gobernado por la Ley 797 y 860 de 2003 no es admisible desdibujar el principio de la condición más beneficiosa para remitirse a los preceptos del Acuerdo 049 de 1990, porque no es la norma inmediatamente anterior y la norma vigente al momento de los hechos solo puede “evadirse” para aplicar la inmediatamente anterior.

Y ello se explica porque la norma vigente es de aplicación inmediata y su constitucionalidad fue ratificada mediante sentencia CC C-428-2009. En ella, la Corte Constitucional declaró exequible la exigencia de 50 semanas de cotización en el trienio anterior a la estructuración de la invalidez (traída en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003) estudio que permite sostener que es igualmente exequible la misma exigencia contemplada en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 para la pensión de sobrevivientes. Resalto en este punto la sentencia C- 428-2009 en la que se explicó con suficiencia:

“(...) Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que las medidas regresivas, que disminuyen el nivel de protección ya alcanzado de un derecho social, se presumen contrarias al Pacto, pero no están absolutamente prohibidas, en el sentido que debe entenderse que el principio de la conservación de la condición más beneficiosa frente a cambios legislativos opera también como una prohibición prima facie, pero no como una interdicción absoluta de las medidas regresivas. Por tanto -se repite- no existe entonces una prohibición definitiva, sino que solo se predica en principio y con anterioridad a una justificación válida por hacer más exigentes las regulaciones pensionales.

(...)

En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, incluido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, cabe decir que este aspecto de la reforma no implica una regresión en materia de exigibilidad de la pensión de invalidez, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Al respecto, sostienen algunos intervinientes que este aumento -de uno a tres años- favoreció enormemente a sectores de la población que carecen de un empleo permanente y que bajo la normatividad anterior (Art. 39 de la Ley 100 de 1993) se encontraban excluidos del beneficio de la pensión vitalicia de invalidez; en efecto, si para la fecha de consolidación del estado de invalidez una persona no se encontraba cotizando pero reunía más de 26 semanas cotización correspondientes a años anteriores, le era negado el derecho a la pensión de invalidez por no haber concentrado tales semanas en el último año.

Por tanto, carece de asidero jurídico que en la aplicación a casos concretos los juzgadores se aparten de las requisitorias legales arguyendo la aplicación plusultractiva de normas anteriores, para así remontarse en la historia legislativa a efectos de elegir la norma que más convenga al peticionario en el caso concreto, pues como es bien sabido la situación debe gobernarse por la norma vigente al momento en que ocurrieron los hechos o, en caso de aplicación del principio tuitivo de la condición más beneficiosa, a la legislación inmediatamente anterior.

De esta misma forma lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL732-2024 en la que explicó su discrepancia con la sentencia CC SU 05-2018 de la homóloga Corte Constitucional. Allí el máximo Tribunal de la especialidad laboral puntualizó los motivos que desaconsejan la aplicación plusultractiva de la Ley, motivos con los cuales convengo plenamente:

A juicio de esta Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Así mismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y de retrospectividad.

Por otra parte, la aplicación ultractiva de normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición aplicable, en la medida en que el juez podría hacer un

ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, según el criterio de la Sala, no es posible (...)

Y ello es así, porque los tránsitos normativos son válidos y en esa medida deben surtir efectos, pues la condición más beneficiosa no pretende la parálisis de las reglas pensionales que requieren una constante y necesaria evolución, o establecer reglas *sui generis* para eludir la legislación; sino proteger derechos adquiridos. De manera que una aplicación irrestricta de esta regla supondría efectos indeseados y poco aconsejables en el sistema pensional.

Por tanto, al descartarse la regresividad de los artículos 1º de la Ley 860 de 2003 y 12 de la Ley 797 de 2003 y establecerse que son acordes a la constitución y los principios de la seguridad social, es deber del operador judicial darles aplicación, salvo cuando exista cabida a la aplicación ultractiva de la Ley inmediatamente anterior a partir del principio de la condición más beneficiosa, que no es el caso de autos, como pasa a explicarse.

En el presente asunto el afiliado falleció el 03 de mayo de 2004 y cotizó al ISS desde el 9 de septiembre de 1975 al 29 de febrero de 1996 un total 578, 86 semanas, ello significa que la norma aplicable es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que exige 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores al deceso o, en su defecto, y por virtud del principio de la condición más beneficiosa, la norma aplicable sería el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exigía 26 semanas de cotización en el año anterior a la muerte, condiciones que en este caso no se cumplen y que llevan a concluir que la demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada.

Luego, no era dable reconocer la pensión deprecada al amparo del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como lo hizo la Sala pues ello implica una aplicación plusultractiva de la norma derogada, lo cual no está permitido en nuestro ordenamiento jurídico.

Con tales motivos dejo sustentado mi salvamento de voto a la decisión adoptada por la Sala.

Fecha *ut supra*



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada