



SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Ordinario de **ALFREDO BENAVIDES FORERO vs COLPENSIONES**

Radicación No. 76001-31-05-016-2019-00205-01

Con mi acostumbrado respeto me permito salvar el voto en lo que tiene que ver con incrementos pensionales, en razón a los siguientes argumentos:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencias de 5 de diciembre del año 2007, Radicaciones 29751, 29531, 29741, ratificó su criterio expuesto en la sentencia 21517, en el sentido de que era procedente el referido aumento del 14% sobre la pensión mínima y respecto a las pensiones concedidas con base en el régimen de transición del Instituto de Seguros Sociales.

De igual forma, más recientemente, se puede traer a colación la Sentencia SL2334-2019 del 11 de junio del año 2019, Radicación N° 60910, MP Santander Rafael Brito Cuadrado, en la que se indicó sobre la vigencia de los incrementos por persona a cargo que “... *la jurisprudencia ha definido que es viable reconocerlos, aun con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993 (...) pero en favor de los pensionados a quienes se les reconoció la prestación económica directamente, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 o con ocasión del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993...*”.

Lo anterior toda vez que la referida decisión no consideró que el Consejo de Estado expresamente asintió que la regulación normativa de los incrementos pensionales no fue derogada de manera orgánica por la ley 100 de 1993 y que “(...) por supuesto, no forman parte integrante de esas pensiones de invalidez y de vejez”, en razón a la consagración expresa que trajo consigo el artículo 22 del decreto 758 de 1990, en la que se resolvió:

“DENIÉGANSE las súplicas de la demanda de nulidad de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por medio del Decreto No. 758 de 1990, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.”



Por su parte, la Corte Constitucional había indicado en diferentes providencias, como la Sentencia T-217 del año 2013, que el derecho a los incrementos no prescribía, sino los no cobrados oportunamente, en atención a que los incrementos se derivan del derecho imprescriptible a la seguridad social; tesis que fue reiterada mediante Sentencias T-831 del año 2014, T-369 del año 2015, T-395 del año 2016, SU-310 del año 2017, en aplicación de los principios pro homine y favorabilidad.

Posteriormente, ante la declaración de nulidad de la Sentencia SU-310 del año 2017, mediante Auto 320 del año 2018, se profiere en su remplazo la Sentencia SU-140 del 28 de marzo del año 2019, mediante la cual concluyó la Corte que *“... salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica...”*, variando así su criterio.

En este punto, debe dilucidarse si el precedente constitucional tiene efectos retroactivos a casos anteriores, para lo cual tendremos en cuenta el concepto de Overruling Prospective, el cual es definido por Francisco de Paula Blasco Gascó¹ en los siguientes términos:

“... es la acción de un tribunal superior que elimina o modifica la ratio decidendi observada por un tribunal inferior el otro caso similar. Supone, por tanto, un cambio de ratio decidendi, con abandono de la precedente e instauración de una nueva ratio. El funcionamiento del overruling sólo se entiende dentro del sistema jerárquico judicial anglosajón y supone una forma peculiar de modificación o eliminación del precedente, rectius, de la autoridad o vinculación jurídica de la ratio decidendi que configuró el precedente vinculante (binder). Es una prerrogativa de los tribunales superiores respecto del que decidió el caso. Puede ser expreso o tácito. En general su efecto es la creación de una norma jurídica en sentido contrario a la proposición por la que la anterior ratio decidendi obtuvo autoridad respecto de la doctrina del precedente. Como veremos posteriormente, el problema más importante que plantea el overruling o cambio o rectificación de ratio o precedente es el de su eficacia temporal, es decir, su efecto retroactivo o prospectivo. Al cambio de criterio jurisprudencial responde, mutatis mutandis, el overruling.”

¹ Blasco Gascó, Francisco de Paula. La Norma Jurisprudencial (Nacimiento, Eficacia y Cambio de Criterio). Edit. Tirant Lo Blanch. Pág. 97.



Continúa Blasco Gascó² definiendo lo relativo a la eficacia retroactiva y prospectiva del cambio de criterio, diciendo:

“El cambio de criterio jurisprudencial, ¿tiene efectos retroactivos o solamente prospectivos? La cuestión no es fácil, como puso de manifiesto la STC 95/1993, de 22 de marzo. Cuando se trata de un cambio normativo, el legislador prevé la eficacia temporal de la nueva ley a través del llamado derecho transitorio y de la previsión del grado de retroactividad de la nueva norma, dentro del marco constitucional previsto en el art. 9 C.E. En defecto de previsión legislativa, rige la norma del artículo 2-3 C.C.: las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. Se trata, pues, de una norma razonable toda vez que las leyes miran al futuro y no al pasado.

Mas el órgano judicial no tiene la misma potestad que el legislativo en orden a determinar el alcance temporal, hacia el pasado y hacia el futuro, de sus resoluciones, máxime cuando de produce un cambio de criterio. ¿Cuál es la eficacia temporal del nuevo criterio? En nuestra doctrina, la cuestión la ha apuntado PUIG BRUTAU: si el cambio de doctrina, dice el citado autor, se hubiera producido en virtud de una intervención legislativa, ésta habría tenido en cuenta si la innovación debía tener o no eficacia retroactiva. Pero cuando se trata de un cambio de criterio jurisprudencial, la aplicación inmediata de la nueva doctrina equivale a dar eficacia retroactiva al cambio sobrevenido. A los que han confiado en el precedente judicial, la nueva orientación les afectará porque la sentencia lo razona debidamente. Pero, ¿podemos estar convencidos de que no se vulnera con ello el principio de seguridad jurídica?”

Para DURGALA, M. M., citado por Blasco en su obra «Prospective overruling the Common Law», en Syracuse Law Review, 1962, vol 14, pág. 55, donde dice expresamente que la interpretación de la ley se convierte en parte de la ley y un cambio de criterio tiene el mismo efecto que una modificación legislativa o una derogación.

El mismo Blasco sintetiza los argumentos que sirven de base al carácter prospectivo del precedente:

A) A favor del efecto prospectivo del cambio del precedente se suele invocar una serie de argumentos:

- 1. La confianza generada en la persona que contrata o actúa confiado en una determinada línea jurisprudencial, siempre que dicha confianza esté justificada. Se trata, por tanto, de respetar el principio de seguridad jurídica.*
- 2. La implantación de una nueva política, en cuanto línea de conducta, no necesita tener eficacia retroactiva para ser eficaz.*
- 3. La interpretación de una ley se convierte en parte de la ley misma y el cambio de criterio tiene el mismo efecto que una modificación legislativa o una derogación realizada por el legislador.*
- 4. Las dos funciones que realizan los Tribunales (en nuestro caso, el Tribunal Supremo), resolver el caso y conformar el ordenamiento jurídico se pueden escindir, puesto que los*

² Op. Cit. Pág. 99.



factores pueden ser diferentes: primero se decide si se cambia el criterio; después, si la nueva doctrina se aplica al caso.

Por su parte Cross y Harris³ comentan que en los Estados Unidos se abandonó el principio según el cual la derogación debía hacerse necesariamente retrospectiva.

Para autores como CROSS y HARRIS⁴ en la práctica inglesa son excepciones al *STARE DECISIS*, entre otras, las decisiones sin argumentos, decisiones conflictivas del Tribunal de apelaciones, una decisión de un Tribunal de apelaciones no puede continuarse sosteniendo frente a una decisión posterior de la Cámara de los Lores y las decisiones dictadas *per incuriam* (sin que se hubiese invocado ante el tribunal una ley o una proposición jurídica vinculante que podría haber modificado el sentido de la decisión).

De los citados autores no se desprende que los jueces inferiores se puedan apartar de la decisión de la Cámara de los Lores (hasta cuando cumplió funciones judiciales), e incluso el *overruling*, lo dicta el mismo juez que produjo el anterior precedente.

Para autores como ALEXANDER⁵ considera que entre los extremos del afianzamiento de reglas maliciosas y la eliminación de las mismas, debe optarse por la presunción en favor de seguir aun las reglas maliciosas cuyo grado de fuerza no puede ser representado por ninguna fórmula.

Por su parte, MacCormick⁶ señala: *“Incluso cuando los precedentes son persuasivos y no como absolutamente vinculantes, debe haber una presunción bastante fuerte en contra de desviarse de lo que ya ha sido decidido. Se requeriría mostrar que una nueva desviación sería más coherente con la principal línea de desarrollo jurídico, además de ser más justa o preferible por sus*

³ Cross, Rupert y Harris J.W. El precedente en el Derecho Inglés, Marcial, Pons, 2012, págs. 261 y 262.

⁴ Cross, Rupert y Harris J.W. El precedente en el Derecho Inglés, Marcial, Pons, 2012, págs. 153 a 194

⁵ ALEXANDER, LARRY, “La vinculación del precedente, su alcance, su fuerza: un breve análisis acerca de sus posibilidades y sus virtudes”, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, BERNAL PULIDO, C y BUSTAMANTE, TH (EDS), Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Bogotá 2016, págs. 159 a 177.

⁶ MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho, Una teoría del razonamiento jurídico*, editorial Palestra, Lima 2016, pág. 259.



consecuencias que los precedentes pertinentes, antes de que hubiera suficientes razones para no respaldar las decisiones”.

Pasando por alto lo dicho anteriormente, resulta necesario indicar que, inaplicado el precedente de la Corte Constitucional, queda vigente el precedente consolidado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que considera vigente los incrementos, pero susceptibles de declarar la prescripción sobre el derecho y no sobre los valores causados y no cobrados oportunamente.

Así las cosas, si analizamos, el precedente tiene un momento de construcción por el juez constitucional en el que utiliza diversos métodos de interpretación que van desde la ponderación, interpretación sistemática, interpretación finalista, etc.; y el segundo momento en el juez de inferior categoría cuando aplica el precedente, hace un proceso subsuntivo semejante al de la aplicación de la Ley.

Si la Ley, por regla general no tiene efecto retroactivo, salvo casos expresamente señalados por el legislador, de la misma manera, el precedente tampoco podría tener efecto retroactivo.

Teniendo en cuenta lo antedicho, en mi sentir, el reconocimiento de los incrementos pensionales procede para aquellos beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 del año 1993, a quienes se les aplica el régimen anterior al que se encontraban afiliados, pero exclusivamente del Instituto de Seguros Sociales, siempre que hayan presentado la demanda antes del 28 de marzo del año 2019.

Sin embargo, frente a la Sentencia SU-140 del 28 de marzo del año 2019, publicada el 23 de junio del año 2019, considera la Sala mayoritaria que, para el caso que nos ocupa, no aplica el precedente de la Corte Constitucional, ni el de la Corte Suprema, ni los efectos overruling prospective, razón por la cual me aparto de la decisión mayoritaria.

Atentamente,



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Magistrado

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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:

320286cb0d12d0fef5ea1b050bfa8390df253115e7c7c10f3dde4405614d1521

Documento generado en 20/11/2020 08:14:29 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>