REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL
SALVAMENTO DE VOTO MAGISTRADA MARY ELENA SOLARTE MELO

CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN:	76001 31 05 015 2019 00502 01
ASUNTO:	SALVAMENTO DE VOTO POR CONDICION MÁS BENEFICIOSA EN PENSION DE INVALIDEZ.
MAGISTRADA PONENTE:	ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA

No comparto la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el presente caso, por las razones que procedo a exponer:

El señor ABELARDO PAREDES LEAL fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de superior al 50%, con fecha de estructuración 21 de julio de 2015.

La norma aplicable para resolver el caso es la Ley 860 de 2003, vigente para cuando se estructuró la invalidez, en cuyo artículo 1º modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y estableció entre los requisitos para obtener la pensión de invalidez, que el afiliado haya cotizado 50 semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración.

Según la historia laboral, no acredita 50 semanas cotizadas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Cotizó un total de 882,14 semanas cotizadas con anterioridad al 1° de abril de 1994.

A propósito de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en casos de invalidez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos[1], entre ellos, en **sentencia del 24 de enero de 2018**, radicación 59012, **SL028-2018**, MP. Dr. Fernando Castillo Cadena, expresó:

[1] Sentencia del 27 de abril de 2016, rad. 49070, SL8218-2016, MP. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, sentencia del 25 de enero de 2017, rad. 48262, SL890-2017, MP. Jorge Luis Quiroz Alemán, y sentencia del 08 de febrero de 2017, rad. 48588, SL2150-2017, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

"(…) La regla general es que la norma aplicable es la que regía para la fecha de estructuración de la invalidez del afiliado. Pero en determinados casos es posible acudir al precepto inmediatamente anterior, sin que ello conduzca a que, como lo hizo el Juez de Alzada, pueda utilizarse cualquier disposición previa, como la del Acuerdo 049, cuando la contingencia ocurrió en vigencia de la Ley 860 de 2003."

Respecto de la aplicación de este principio en el transito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2358-2017, radicado 44596, MP. Fernando Castillo Candena y Jorge Luis Quiroz Aleman, señaló:

"Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.
c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.
d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y
e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.
b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.
c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.
d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y
e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez".

La invalidez se estructura en 2015, por lo que no es posible aplicar el artículo 39, de Ley 100 de 1993 en su versión original.

Estando demostrado que no se cumplieron las exigencias legales vigentes cuando se estructuró el derecho pensional, mal puede reconocerse con el

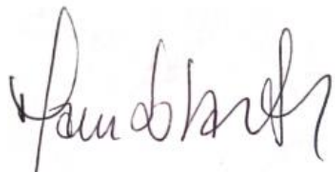
Decreto 758 de 1990, ni siquiera con la aplicación de la condición más beneficiosa, como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral[2]; criterio reiterado incluso recientemente en la **sentencia del 24 de enero de 2018**, radicación 59012, SL028-2018, MP. Dr. Fernando Castillo Cadena, expresó:

> *"(…) La regla general es que la norma aplicable es la que regía para la fecha de estructuración de la invalidez del afiliado. Pero en determinados casos es posible acudir al precepto inmediatamente anterior, sin que ello conduzca a que, como lo hizo el Juez de Alzada, pueda utilizarse cualquier disposición previa, como la del Acuerdo 049, cuando la contingencia ocurrió en vigencia de la Ley 860 de 2003.*
>
> *Esta Sala de la Corte ha dilucidado el problema jurídico limitando la aplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa en sentencia SL1689-2107 reiterada la SL8305-2017, bajo la siguiente argumentación:*
>
> *La inconformidad de la parte recurrente con el fallo atacado radica básicamente en que de acuerdo con el principio de la condición más beneficiosa, es viable darle aplicación al artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.*
>
> *Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que el derecho a la prestación pensional reclamada debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento de la estructuración de tal condición. De ahí que, al haberse estructurado la invalidez el **23 de junio de 2008**, la disposición que rige el asunto es el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, cuyos requisitos no cumplió el actor pues no cotizó 50 semanas durante los tres años anteriores a dicha fecha.*
>
> *De otra parte, como la censura invoca el principio de la condición más beneficiosa a fin de que el asunto se resuelva bajo la égida del artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, es preciso señalar que no es viable dar aplicación a la plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda interminable de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del peticionario o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro. Esta ha sido la postura de la Sala expuesta en recientes providencias, entre otras, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL14881-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016, CSJ SL15960-2016 y CSJ SL15965-2016.*
>
> *En este orden, no era procedente que el Tribunal considerara los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 de manera plus ultractiva como lo pretende la censura, ni siquiera bajo el argumento de acudir al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política,*

[2] CSJ, SCL, sentencia del 08 de mayo de 2012, radicación 35319, MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón. Sentencia del 06 de febrero de 2013, radicación 42838, MP. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, radicación 54796, SL18545-2016, MP. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas. sentencia del 29 de marzo de 2017, radicación 52904, SL4575-2017, MP. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, y sentencia del 15 de marzo de 2017, radicación 54696, SL4279-2017, MP. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas. Sentencia del 03 de mayo de 2017, radicación 48827, SL6617-2017, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisamente en un caso tramitado ante el Tribunal Superior de Cali

porque su mandato parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo que no ocurre en el sub lite."

Así pues, erró el Tribunal al dar, en virtud del postulado de la condición más beneficiosa, una aplicación plus ultractiva de la ley como efectivamente lo hizo toda vez que: i) en principio la regla general dicta que la norma aplicable al caso concreto es la que se encuentra vigente a la fecha de ocurrencia el siniestro, en el presente caso la fecha en la cual se estructuró la invalidez (2 de marzo de 2005), es aplicable la Ley 860 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993; y ii) el principio de condición más beneficiosa contempla la posibilidad de aplicar en determinadas condiciones la norma anterior, sin que ello implique una búsqueda histórica en la sucesión normativas a efectos de conceder un derecho. En el caso concreto el juzgador aplicó el Decreto 758 de 1990, al no encontrar cumplidos los requisitos de la norma aplicable por la fecha de ocurrencia del siniestro, Ley 860 de 2003, por lo que, se itera, constituye un error del fallador. (…)"



MARY ELENA SOLARTE MELO

Fecha ut supra