

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**M.P. DOCTORA DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE: CHARLES HERMES TARQUINO RODRÍGUEZ  
DEMANDADO: CONSORCIO EXPRESS S.A.S.**

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito aclarar mi voto, pues aun cuando estoy de acuerdo con la decisión adoptada, debo hacer algunas precisiones frente a los argumentos expuestos frente a la estabilidad laboral reforzada:

En la mencionada providencia, en lo atinente a la estabilidad laboral reforzada se indicó:

**4. Estabilidad laboral reforzada.** *En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Consorcio Express S.A.S. actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por la Juzgadora de primer grado y demandada, no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 10 de octubre de 2019.*

*Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier*

*causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.*

*Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fija algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades [...].*

[...]

Pues bien, sobre el aspecto que allí se plantea, debo aclarar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado, que a pesar de la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463/01, a raíz de la expedición del Decreto 1352/13, el Decreto 917/99, mantuvo su vigencia hasta cuando entró regir el Decreto 1507/14, por medio del cual se expidió el nuevo Manual de Calificación de Invalidez; por lo tanto, para efectos de establecer la discapacidad, debe tenerse en cuenta la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social, acorde con lo establecido en el inciso 2 del artículo 2 del último de los citados decretos, así como la Circular 009 de 2017, de la Superintendencia Nacional de Salud, la Resolución 583 de 2018, modificada por la Resolución 246 de 2016, del Ministerio de Salud y la Resolución 113 de 2020, disposiciones que establecen unas reglas y categorías para verificar la discapacidad de una persona.

Lo anterior, sirve de fundamento para indicar que no es cualquier clase de limitación la que da lugar a la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361/97, sino aquella que sea significativa, la cual ha sido fijada por el legislador, a partir del 15%, concebida como moderada, siendo este un factor objetivo de verificación por parte de los jueces, para determinar la procedencia del fuero de salud, parámetro que conforme al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, tiene cabida aun después de la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463/01, y que se aplica con base en las disposiciones antes mencionadas.

Así se dijo por parte de dicha Corporación en la sentencia CSJ SL711-2021, en donde sostuvo:

*[...] aunque la Corte admite libertad probatoria para determinar el grado de discapacidad relevante, lo cierto es que el artículo 1 del Decreto 917 de 1999, señaló expresamente que el Manual de Calificación de Invalidez que se establece mediante dicha norma, se aplica también para valorar la discapacidad a efectos de lo previsto en el artículo 5 de la Ley 361 de 1997. De ello deviene, que aun que se itera existe*

*libertad probatoria para determinar la discapacidad, se estableció un procedimiento objetivo para su calificación.*

*En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización. (Subrayado fuera del texto original).*

[...]

*A este punto debe adicionalmente recordarse que, aunque el Decreto 2463 de 2001, estuvo vigente hasta el año 2013, el instrumento establecido para la calificación de la discapacidad, previsto en el Decreto 917 de 1999, mantuvo su vigencia hasta la expedición del nuevo Manual de Calificación de Invalidez, expedido mediante el Decreto 1507 de 2014, el cual derogó expresamente el anterior, conforme lo previó el artículo 6 de esta última normativa reglamentaria. Así las cosas, es meridianamente claro que, a partir de dicha norma, la valoración de la discapacidad debe realizarse, conforme a la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social, conforme lo establece el inciso 2 del artículo 2 del último de los citados decretos.*

*Además, hacia esa identificación ha ido la legislación, a partir de la integración al orden jurídico interno de la citada Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues basta con solo verificar el art. 2° del D. 1507 de 2014, la Circular 009 de 2017 de la Superintendencia Nacional de Salud, la Resolución 583 de 2018, modificada por la Resolución 246 de 2016 del Ministerio de Salud, y últimamente, la Resolución 113 de 2020, para hacerse una idea, que para verificar la discapacidad de una persona existen unas reglas y unas categorías o denominadas discapacidades avaladas por el ordenamiento jurídico: discapacidad física, discapacidad auditiva, discapacidad visual, sordoceguera, discapacidad intelectual, discapacidad psicosocial y discapacidad múltiple, con sus respectivos grados, según lo desarrollan las Resoluciones del Ministerio de Salud.*

*La mención de tales regulaciones, sólo para indicar que las personas con discapacidad, a partir de la renovación normativa por cuenta de los compromisos internacionales del Estado, buscan identificar con precisión alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano o largo plazo, que es la definición concreta de la Convención y las normas que lo incorporaron al orden jurídico interno - que en realidad dificulte la prestación del servicio, es decir, una afectación relevante al estado de salud que impida el desempeño normal de las actividades que venía ejerciendo el trabajador, y de esa manera ser objeto de protección en el empleo.*

*Así las cosas, desde el punto de vista jurídico, aunque no es cierto lo que adujo la censura, sobre la omisión del Tribunal en referirse a los grados de limitación previstos en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, dado que el sentenciador sí mencionó ese aspecto al hacer alusión a la sentencia de la CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 32532, en la que la Sala explicó las clases de limitación que se deben acreditar en el beneficiario de la protección, acorde con dicha norma, se equivocó al indicar que esa clasificación no es impedimento para aplicar la protección a especiales situaciones de salud que no estén allí, pero que también imposibilitaban el desarrollo normal de las labores, pues como se explicó, para la jurisprudencia de la Sala, no es cualquier clase de limitación, sino aquella que sea significativa, la cual ha sido fijada por el legislador, a partir del 15%, concebida como moderada y, por tanto,*

**como un factor objetivo de verificación por parte del operador judicial.** (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Dicha providencia fue reiterada en la sentencia CSJ SL3846-2021, en donde se precisó:

*[...] en efecto, en reciente providencia CSJ SL711-2021, la Corte sostuvo que los destinatarios del principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no son los trabajadores con cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante, para lo cual se ha acudido a la misma ley, en el inciso 2º del artículo 5º, en cuanto al tipo de discapacidad a efectos de aplicar las medidas afirmativas allí previstas.*

*De tal manera, que la mención en esa parte de la norma sobre el grado de discapacidad de moderada, severa o profunda, ha sido el parámetro que ha orientado la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de identificar a los beneficiarios del principio protector, ya que, para la Sala, no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.* (Subrayado fuera del texto original).

*[...]*

*De lo anterior, sin hesitación alguna se puede concluir entonces, que no es cualquier clase de limitación, sino aquella que sea significativa, la que da lugar a que un trabajador sea destinatario del postulado de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la que en este caso no se demostró, pues no solamente no se emitieron recomendaciones ni restricciones al actor en vigencia del contrato de trabajo para el desempeño de su cargo, por parte de las autoridades de salud, sino que tampoco aparece calificación de su estado de invalidez que permitiera inferir un porcentaje de pérdida de capacidad laboral*

De igual manera, en la sentencia CSJ SL3145-2021, se puntualizó:

*[...] la Corte ha sido clara a la hora de apartarse de la idea de que la protección de la Ley 361 de 1997 opera ante cualquier contingencia en la salud de los trabajadores, así como del concepto de estado de debilidad manifiesta, para insistir en que esta especial garantía está dirigida a ciertas personas determinadas, con verdaderos estados de discapacidad.*

*Ahora bien, más recientemente, en la sentencia CSJ SL711-2021, esta sala de la Corte precisó algunos conceptos relacionados con el derecho a la estabilidad laboral reforzada, emanada de la Ley 361 de 1997, y, específicamente en cuanto a los destinatarios de la garantía, insistió en que «[...] son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15%, independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas [...]» (Ver también las sentencias CSJ SL 058-2021 y CSJ SL572-2021). En ese sentido, ha dicho la Sala que los beneficiarios «[...] no son los trabajadores con cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante, para lo cual se ha acudido a la misma ley, en el inciso 2º del artículo 5º, en cuanto al tipo de discapacidad a efectos de aplicar las medidas afirmativas allí previstas [...]», todo por cuanto «[...] no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.» (CSJ SL711-2021).*

*[...]*

***Finalmente, la Sala también ha optado por darle aplicación a estos criterios objetivos de identificación de las personas beneficiarias de la especial garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en periodos posteriores a la derogatoria del Decreto 2463 de 2001 (CSJ SL 711-2021 y CSJ SL572-2021). (Negrillas fuera del texto original).***

Acorde con la anterior línea de pensamiento, lo indicado en la providencia de la Sala de Decisión respecto de la inexistencia de normas que establezcan parámetros objetivos para determinar la discapacidad de los trabajadores, riñe con el criterio adoptado por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, tal y como se desprende de las sentencias en mención, siendo sobre tal aspecto que aclaro mi voto.

En los anteriores términos dejo aclarado mi voto.

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
**Magistrado**

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**M.P. DOCTORA DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE: CAROLINA SANTANA DE RUIZ**

**DEMANDADO: COLPENSIONES**

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito aclarar mi voto, pues aun cuando estoy de acuerdo con la decisión adoptada, debo hacer algunas precisiones frente a los argumentos expuestos frente al principio de la condición más beneficiosa:

En la mencionada providencia, en lo atinente a dicho principio se dijo:

*Respecto a este principio, es necesario recordar que tanto la Corte Constitucional en la sentencia **SU 005-2018** como la CSJ en la sentencia SL701 del 2020, coinciden en señalar que se distingue porque: (i) opera ante el tránsito legislativo en aquellos eventos en que el legislador **no consagró un régimen de transición**, (ii) para su aplicación se debe **cotejar** una norma derogada con una vigente y (iii) el destinatario debe poseer una situación jurídica y fáctica concreta, la cual es protegida, dado que con **la nueva ley se les desmejora**. Por lo que es claro que dicho principio no nació para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva Ley puede modificarles el régimen pensional; sino para un grupo de personas que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia.*

*Frente al **primer presupuesto**, lo primero que se debe advertir es que el régimen de transición contenido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, no puede ser aplicado a las pensiones de sobreviviente, toda vez que tal como lo expresara la Corte Suprema de Justicia en sentencia de vieja data, Rad 24.280 del 5 de Julio del 2005, el mismo no puede estar sometido a contingencias improbables de predecir, como es en este caso la muerte del causante. Cumpliéndose así con la primera característica.*

*No sobra resaltar que la pensión hace parte de aquellos derechos que no se consolidan en un solo acto sino que necesitan una serie de hechos sucesivos v.gr, el cumplimiento de la edad y la densidad de semanas cotizadas, para lograr su reconocimiento, es así como aquella persona que cumple la densidad de*

*cotizaciones necesarias, pero no cumple la edad, ha cumplido uno de los dos hechos necesarios para acceder a ella, presentándose para dicha persona un **derecho eventual**, que no es un derecho adquirido o consolidado mientras no cumpla la edad, pero si es una situación que excede la mera expectativa y que es protegida por el legislador, de allí la génesis del régimen de transición. En la pensión de sobreviviente el derecho eventual se genera cuando se logra la densidad de cotizaciones necesarias para acceder a ella.*

*En relación con el **segundo presupuesto** y a efecto de determinar cuál es la norma derogada que se va cotejar, es necesario precisar que esta Sala toma distancia del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, quien para la aplicación de la condición más beneficiosa sólo permite aplicar la norma inmediatamente anterior y además incorpora para el cumplimiento de los requisitos un **límite temporal** de 3 años, comprendidos entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, fundamentado en una zona de paso entre la ley 100 y la ley 797/03, como se advierte en las sentencias 4650/17 y SL658/18. En consecuencia, esta sala acoge la postura de nuestra Corte Constitucional, unificada actualmente en la sentencia **SU 005 del 2018**, aplicando para tal efecto cualquier normatividad en la que se cumpla el número de semanas exigido para dejar causada la prestación, siendo posible aplicar la ley 100 de 1993 en su redacción original, el Decreto 758 de 1990 o cualquier normatividad anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, y **sin que contemple límites temporales para su conservación**, aunque si un **test de procedencia** para quienes pretendan la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990 o cualquier otra norma anterior, que permita determinar si el peticionante se encuentra en **condición de vulnerabilidad**, sin que ello implique efectuar una indagación histórica e ilimitada de las normas en el tiempo sino contraída únicamente a la historia de afiliación del de cujus, como lo advierte nuestra alta corporación de justicia Constitucional.*

[...]

Pues bien, sobre el aspecto que allí se plantea, debo aclarar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado, que conforme al actual criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en tratándose de la pensión de sobrevivientes, está sujeto a que el fallecimiento acontezca en el transito legislativo entre la Ley 100/93 y la Ley 797/03, esto es, entre el 29 de enero de 2003, cuando entró en vigor esta última, y el 29 de enero de 2006, data hasta cuando se difirieron sus efectos, es decir, tres años después de su entrada en vigencia.

En punto del debate, resulta pertinente recordar lo dicho recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL4190-2022, en la que al analizar un caso de similares contornos al que ahora ocupa la atención de esta Sala, reiteró lo señalado en la providencia CSJ SL2567-2021, en donde se sostuvo:

*Esta Corte, en sentencia CSJ SL4650-2017, a la cual se remite, explicó que de vieja data ha sostenido que la primera investigación que debe hacer el juez al dictar el*

acto jurisdiccional, consiste en la selección de la norma aplicable, o sea, determinar la existencia y validez de esta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la disposición jurídica.

En ese horizonte, es criterio reiterado de esta Corporación que la regla general es la de que la contingencia está cobijada por la norma de seguridad social vigente al momento de la ocurrencia del evento según la prestación pensional correspondiente, esto es, para la pensión de sobrevivientes, la que esté en vigor a la calenda de la muerte del afiliado o pensionado.

Cumple a ese propósito memorar que la Corte en sentencia CSJ SL, 11 de jun. 2014, rad. 46780, sostuvo que «tal como lo tiene señalado la jurisprudencia de esta Sala, la regla general es que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. (CSJ SL 10 Jun 2009, Rad. 36135; 1° Feb 2011, Rad. 42828; 23 Mar 2011, Rad. 39887; y 3 de May 2011, Rad. 37799, entre otras)».

[...]

Esta Corporación ha estimado que el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

- a) Es una excepción al principio de la retrospectividad.
- b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo.
- c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.
- d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva.
- e) **Entra en juego, 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 –expectativas legítimas– habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba le ley derogada.**
- f) Respeto la confianza legítima de los destinatarios de la norma.  
Expliquemos cada uno de ellos:

### **1. Excepción a la retrospectividad de la ley**

La condición más beneficiosa, a no dudarlo, se entiende como un mecanismo que permite atenuar la rigurosidad del principio de la aplicación general e inmediata de la ley, pues permite que la disposición derogada **permanezca vigente en presencia de una situación concreta**, materializada en una expectativa legítima conforme a la ley anterior.

### **2. Opera en sucesión o tránsito legislativo**

La pregunta relevante es ¿qué se entiende por tránsito legislativo? El tránsito legislativo es un momento único, que se da, en forma simple cuando se sanciona y promulga una nueva ley.

Los efectos del tránsito legislativo, como ya se dijo, por regla general son inmediatos. Existen, desde luego, excepciones, como la que rigen para los impuestos anuales, caso en el cual las normas tributarias, por ejemplo, sobre impuesto de renta, rigen a partir del siguiente año fiscal; o las que protegen derechos

*adquiridos que no se pueden violar en virtud del artículo 58 de la Constitución Política. (aunque puede obrar la expropiación).*

*En el caso de derechos sociales, el tránsito legislativo lleva a prever en la norma reformativa, la protección a los derechos adquiridos y, en algunas ocasiones, regímenes de transición; en otras no: por ejemplo, la Ley 797 de 2003 que reformó la manera de determinar el monto y cuantía de la pensión de vejez para los afiliados al régimen de prima media no estableció régimen de transición alguno para salvaguardar estos aspectos.*

*Los derechos adquiridos y los regímenes de transición, plenos o parciales, otorgan protección temporal, total o parcial a los ciudadanos. En materia del derecho adquirido el amparo es vitalicio o pleno; en el caso de los regímenes de transición es temporal, pero pueden ser pleno o parcial. En el evento de la aplicación directa de la Ley 33 de 1985 la garantía fue plena para quienes tenían 20 años de servicios, pues los cobija en su integridad el régimen anterior; mientras que en la Ley 100 de 1993 la protección es parcial porque, para construir el derecho a la pensión, solo se toman los parámetros de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto del régimen anterior.*

*De manera que es el legislador el que define qué protección concede y el lapso por el cual la otorga. Si no fija consecuencias temporales mediante medidas de protección, debe estarse, en principio, a la aplicación inmediata de la ley.*

#### **a. Aplicación de la normatividad inmediatamente precedente**

***No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido –a su vez- a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle una especie de efectos «plusultractivos», que resquebraja el valor de la seguridad jurídica (sentencia CSJ SL, del 9 de dic. 2008, rad. 32642). (Negrillas fuera del texto original).***

### **3. A falta de régimen de transición**

*Los regímenes de transición, por regla general, sólo protegen expectativas legítimas, es decir, se centran en la protección de aquellos grupos de población cercanos al cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación.*

*En la misma dirección la Corte Constitucional en fallo C-663/07, recalcó que los regímenes de transición, a) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; b) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior; c) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición; y d) es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a consolidarse bajo el régimen previo.*

*Conviene precisar que, en relación con las pensiones de invalidez y sobrevivientes, no ha existido un régimen de transición en nuestra historia legal. Ello no ha sido óbice para que el operador jurídico busque principios de favorabilidad a través, por*

*ejemplo, de la definición de derecho adquirido recayendo en la fecha de estructuración, buscando normas de acceso más favorables que las que rigen al momento de la declaratoria.*

*La pregunta que surge es ¿por qué si han existido normas de protección para las pensiones de jubilación o vejez, a través de regímenes de transición, no han existido normas de protección para la invalidez y la muerte? Un principio de respuesta puede darse si se tiene en cuenta que la vejez, durante la vida laboral del individuo, es un hecho relativamente cierto mientras que, por ejemplo, la invalidez es relativamente incierto y poco probable. Dicho en otras palabras, el régimen de transición en las pensiones de vejez se da porque es viable considerar la mayor o menor aproximación a la edad y al total de cotizaciones exigidas bajo un régimen, para determinar el grupo de la población que eventualmente puede acceder a esa prestación (por el transcurso del tiempo – hecho determinable -, ya para completar cierta edad o para sumar un período de cotizaciones); mientras que en la de invalidez, por ejemplo, obedece a contingencias improbables de predecir y, por ende, no regulables por un régimen de transición (sentencia CSJ SL de 5 de jul. 2005, rad. 24.280).*

*De manera que, por regla general, en presencia de regímenes de transición, la condición más beneficiosa no puede aplicarse pues haría nugatorios todos los objetivos económicos y sociales que con una reforma pretenden lograrse y, desde el umbral, debe aplicarse en torno a normas de impacto mediato.*

**a. El destinatario posee una situación jurídica concreta- expectativa legítima-**

*En pensiones de siniestro, como las de invalidez y sobrevivientes, no es fácil establecer qué es una situación jurídica concreta. Empero, se ha entendido por la Jurisprudencia que la situación es concreta si se cumple en estos casos con la densidad de semanas de cotización, dentro del plazo estrictamente exigido por la normatividad aplicable*

*Así, por ejemplo, en el régimen de los seguros sociales obligatorios, la situación es concreta si el afiliado cotizó 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, dado que la norma exigía ese número de semanas de cotización en todo el tiempo.*

*Con la vigencia de la Ley 100 de 1993, en parte puede existir una definición de situación concreta a estos efectos, dado que la norma precisa tal situación dependiendo de la cotización efectiva.*

*Del anterior mandato se desprende dos situaciones que dan acceso a la prestación:*

***Afiliado que se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento***

*Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse la muerte, es decir, en cualquier tiempo.*

***Afiliado que no se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento***

*Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

*Nótese que a diferencia del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el legislador del 93 estableció como criterio de acceso el hecho de la cotización efectiva al sistema, al momento de la muerte o invalidez, para estructurar el requisito de semanas de cotización. En efecto, mientras que la normativa anterior exigía haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo o 150 semanas dentro de*

los seis años anteriores al momento del siniestro, sin establecer el requisito de cotización al momento de la muerte o invalidez; en la legislación de 1993, el nivel de concentración de las semanas de cotización exigidas en un determinado lapso depende del hecho de la cotización efectiva al momento de la invalidez.

Teniendo en cuenta lo dicho, ¿Cómo se expresa la situación jurídica concreta en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003?

### **1. Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo**

En este evento la situación jurídica concreta emerge si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) estaba cotizando al sistema, y (ii) había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Ello por cuanto no solamente se da eficacia, sino que también se satisface con la densidad de semanas de cotización efectuadas dentro del plazo estrictamente exigido por el mandato abolido.

Cumple a ese propósito dejar en claro, empero, que, si el asegurado estaba cotizando para el 29 de enero de 2003 y no tenía en su haber 26 semanas de cotización en cualquier tiempo, no es poseedor de una situación jurídica concreta y, en consecuencia, se le aplica con rigurosidad la Ley 797 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues repárese en que no tiene una expectativa legítima ni mucho menos un derecho adquirido. En resolución, en este caso no hay condición más beneficiosa.

### **2. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo**

En esta hipótesis la situación jurídica concreta aflora si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) no estaba cotizando al sistema, (ii) pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003.

Ello, toda vez que se cumple con la densidad de semanas de cotización, dentro del interregno estrictamente exigido por el precepto derogado.

Si el afiliado no estaba cotizando para el 29 de enero de 2003 y no tenía 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003, **no tiene una situación jurídica concreta** y, por ende, también se aplica con todo el rigor la Ley 797 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues no posee una expectativa legítima y mucho menos un derecho adquirido. En conclusión, tampoco hay condición más beneficiosa.

En sentencias CSJ SL1884-2020 y CSJ SL1938-2020, reiteradas, entre otras, en las CSJ SL2547-2020 y CSJSL855-2021, esta Corporación, razonó:

**[...] La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede utilizarse para garantizar la perpetuidad de un régimen que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo de personas, dado que, bien comprendido, su ámbito de aplicación se orienta a conservar un régimen normativo anterior, cuando quiera que el titular haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.** (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la simple expectativa para ubicarse en el concepto de expectativa legítima tutelable por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar

*el derecho en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada que el régimen en que estaba incurso y en el que cumplió algunos presupuestos, será respetado.*

*Sin embargo, su aplicación no puede ser irrestricta al punto de petrificar la legislación e impedir la puesta en marcha de reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de los derechos de la comunidad o la supervivencia de instituciones y prestaciones fundamentales para la sociedad. En otras palabras, su aplicación debe ser razonable y proporcional, a fin de no lesionar o comprometer severamente otros derechos de interés público y social.*

*En esta dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 4 dic. 1995, rad. 7964 indicó que este postulado «no es absoluto y en manera alguna conduce al anquilosamiento de la normatividad laboral, pues de lo que se trata es de proteger al trabajador que construye su vida y la de su familia alrededor de unas expectativas económicas y jurídicas generadas en su propia labor, de manera que un cambio desfavorable de esas expectativas sólo (sic) es humana y jurídicamente admisible, cuando en cada caso concreto medien serias circunstancias justificantes, verbigracia el interés general reconocido (...)».*

*De ahí, que el delimitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la norma inmediatamente anterior sirve a varios propósitos:*

*(i) Si la potestad de configuración de un sistema pensional permite al legislador introducir cambios a fin de garantizar los principios y objetivos del sistema, no tiene sentido mantener en el tiempo disposiciones anteriores, puesto que ello haría nugatorios todos los propósitos económicos y sociales que pretenden lograrse con una reforma.*

*(ii) Si los regímenes de transición, en esencia, siempre son temporales, no hay razón alguna que justifique que la aplicación del principio de condición más beneficiosa deba mantenerse indefinidamente en el tiempo, así bajo su vigencia se haya dado inicio o se hayan efectuado cotizaciones para obtener el amparo que se pretende.*

*(iii) Tal restricción contribuye a la preservación de otro valor fundamental: la seguridad jurídica, que ofrece certeza a los ciudadanos sobre las reglas jurídicas que emplearán los jueces en la solución de las controversias que se sometan a su consideración, sin que les sea posible acudir a una búsqueda histórica para determinar la norma que más convenga a una situación particular; la aplicación del principio amplía e ilimitadamente genera incertidumbre en los actores del sistema pensional y en los ciudadanos en general, respecto de las reglas que definen el acceso a un derecho pensional.*

*En conclusión, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que puede cambiar el legislador con apego a los parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración [...].*

### **Temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**

*Como se recuerda la condición más beneficiosa es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la muerte; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal.*

*Sin perder de vista lo precedente, y una vez analizada la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, brota espontánea una primera conclusión: el legislador jamás pretendió perpetuar las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de sobrevivientes, y si bien con la condición más beneficiosa debe respetarse o mejor resguardarse los hechos denominados por la doctrina foránea «intertemporales» que se generan con personas que tienen una situación jurídica concreta, ello no puede llevar a mantener, per secula seculorum, la protección de «derechos» que no son derechos», en contra posición de la nueva ley que ha sido proferida honrando la Constitución Política.*

*De suerte que, a falta de normatividad expresa, el principio de la condición más beneficiosa emerge como un puente de amparo construido temporalmente para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, aquellas personas que, itérese, tienen una situación jurídica concreta, con el único objetivo de que, en la medida que lo recorren, paulatinamente vayan construyendo los «niveles» de cotización que la normativa actual exige.*

*Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «zona de paso» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de tres años, tiempo este que la nueva normativa (Ley 797 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización-50- y una vez verificada la contingencia de la muerte los causahabientes puedan acceder a la prestación correspondiente.*

*Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «derechos en curso de adquisición», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición», cual es, la muerte.*

**Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.** (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

*No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.*

*Es inocultable que, si las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados.*

*Con tal óptica, es de verse que, si los regímenes de transición tienen duración limitada y cuantificable en el tiempo, y que, para algún sector, es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su*

*consagración «porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas», caben las siguientes preguntas ¿cómo entender que el principio de la condición más beneficiosa sí permanezca en vigor sin límite alguno en el tiempo? Si un régimen de transición no es permanente, ¿bajo qué argumento puede sostenerse que el uso de la condición más beneficiosa sí lo sea? si precisamente, como se explicó, los derechos adquiridos son diferentes a las expectativas legítimas. No hay argumentos que, prima facie, lo justifique.*

*No se pierda de vista que ha transcurrido más de 18 años desde cuando acaeció el cambio normativo, 29 de enero de 2003, es decir, lapso de tiempo que incluso superó el término del régimen de transición dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, para las pensiones por vejez. Por tanto ¿se justifica mantener con vida lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, más allá del tercer año de vigencia de la Ley 797 de 2003, so pretexto de emplear la condición más beneficiosa, cuando, se repite esta ley dispuso un margen de tres años para satisfacer la densidad de semanas de cotización?*

*De suyo, también se cumple con lo asentado por la Sala respecto a la deliberada voluntad del legislador en la reforma introducida al sistema pensional con la Ley 797 de 2003, que propende por asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo.*

*Desde la perspectiva anterior, si la condición más beneficiosa tiene cabida por vía de excepción y su aplicación es restrictiva, no es dable emplearla con un carácter indefinido. Tampoco es factible, en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, alterar la normativa que se ha de aplicar en virtud del principio examinado*

*Una reflexión insoslayable, el fallecimiento del afiliado es un supuesto ineludible de la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, no es un requisito de exigibilidad. Ello explica que no basta satisfacer la densidad de cotizaciones en cualquier tiempo para entender consolidado el derecho, sino que los dos elementos deben acontecer dentro del ámbito temporal que establece la ley. Este planteamiento permite entender la justificación de la condición más beneficiosa y su permanencia efímera.*

*Hay que añadir, eso sí, que al ponderarse el principio de esta forma, también se evita cargarle al sistema general de pensiones obligaciones ilimitadas, que, sin hesitación alguna, no fueron previstas o incluidas en los análisis de sostenibilidad financiera al tiempo de crear la nueva disposición, justamente por la dificultad de hacerlo dada la naturaleza de la contingencia que se ampara.*

Acorde con el anterior criterio jurisprudencial, que resulta plenamente aplicable al *sub lite*, cambiando lo que haya que cambiar (*mutatis mutandi*), por tratarse de asunto de similares características al que ahora se encuentra bajo análisis, si bien el causante falleció dentro del periodo temporal del tránsito legislativo entre la Ley 100/93 y la Ley 797/03, no cumple con ninguno de los presupuestos que la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha fijado para sea destinatario de este postulado, en tanto que, no se encontraba cotizando al momento de la muerte, ni en el periodo temporal del referido tránsito normativo y, tampoco en el año inmediatamente anterior al mismo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003.

ninguna razón le asiste al recurrente al derecho pensión reclamado, por cuanto no se cumplen ninguno de los postulados que conforme al criterio doctrinal de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, deben acreditarse para ser beneficiario de dicha prestación bajo la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Acorde con la anterior línea de pensamiento, no hay lugar a aplicar el principio de condición más beneficiosa al quedar claro que no se cumplen ninguno de los postulados que jurisprudencialmente se han trazado para el efecto por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo por estas razones por las que considero que la sentencia debe confirmarse y no por lo indicado en la providencia de la Sala de Decisión.

En los anteriores términos dejo aclarado mi voto.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
**Magistrado**