

Integrantes:

Ana María González Álvarez
Audrenis Marina Miranda Díaz
Lissethe Paola Ramírez Rojas

Docente:

Abdón Mauricio Rojas

LOS PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD E IN DUBIO PRO OPERARIO. SU APLICACIÓN FRENTE A MULTIPLICIDAD DE REGÍMENES TRANSICIONALES EN EL CASO DE PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO.

1. INTRODUCCION

El derecho a la seguridad social en Colombia es de carácter fundamental; por ende, su protección está amparada tanto por la Constitución Política como por diversos instrumentos internacionales. El pago periódico de un salario al pensionado, garantiza el sostenimiento de quien ha realizado un ahorro obligatorio durante toda su vida laboral y, a causa de un suceso natural o accidental, ya no tiene posibilidad de procurar su sustento en forma autónoma. Por consiguiente, el reconocimiento del derecho pensional materializa el goce del derecho fundamental. De ahí su importancia e impacto social.

A fin de garantizar el amparo de los trabajadores y sus familias en razón de contingencias como la vejez, invalidez o muerte, se estableció el sistema general de pensiones -que fue regulado por la Ley 100 de 1993, con el fin de lograr un manejo adecuado de los aportes, tanto en el recaudo como en la distribución de recursos pensionales a cada afiliado o beneficiario. El retorno de los recursos acumulados se construyó a partir de dos vertientes principales: (I) El régimen solidario de prima media con prestación definida (RPM), por medio del cual los afiliados realizan aportes individuales dirigidos a un fondo común de recursos administrados por el Estado, para el cubrimiento posterior de las mesadas pensionales; y (II) El régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), administrado por fondos de pensiones de carácter privado, en donde los aportes son destinados a una cuenta de ahorro individual. Dentro de la ley 100 de 1993, se reguló la figura del régimen de transición en su artículo 36, para salvar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de quienes tuviesen derecho a pensionarse con regímenes vigentes, desde antes de la entrada en vigencia de la precitada ley.

En el RPM, la legislación laboral ha reconocido pensiones especiales, entre ellas la denominada como de alto riesgo para la salud del trabajador, por haber desarrollado funciones que van en disminución o detrimento de la expectativa de vida saludable para el afiliado. Por ende, ante la necesidad de establecer condiciones diferenciadoras que garanticen los principios constitucionales de solidaridad, dignidad humana e igualdad material, así como los derechos a la seguridad social y al trabajo, se previó este tipo de pensión que otorga como beneficio una edad de retiro más temprana que la exigida a los trabajadores que laboran en condiciones normales.

Con el presente trabajo, estudiaremos la comprensión de la figura jurídica del régimen de transición en materia laboral, a partir del análisis de un caso complejo en el que un trabajador solicita que se le reconozca la pensión especial de vejez por haber laborado en actividades de alto riesgo. El tema analizado visibiliza los problemas que surgen a causa de la coexistencia de varios regímenes de transición frente a una misma situación jurídica y la disparidad de criterios que los funcionarios judiciales pueden tener en la escogencia de las normas aplicables al caso. Y como novedad, ilustraremos la manera en que esta problemática podrá ser conciliada a favor del trabajador, utilizando el método de interpretación sistemática de las normas en avenencia con los principios de *favorabilidad* e *in dubio pro operario*.

En consecuencia, auscultaremos la figura jurídica del “Régimen de Transición” a través de un caso espinoso como es la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, en donde si bien es cierto se torna más dificultoso evaluar la aplicación de dicho régimen por la multiplicidad de normas coexistentes, no lo es menos que tal situación permite una comprensión más profunda del mismo. En términos pedagógicos el tema fue escogido por su alta complejidad, con el objetivo de que invite a futuras discusiones en las aulas, a partir de algunos interrogantes propuestos más adelante con algunas variaciones de los elementos del caso.

Para llegar a ello, proponemos en una primera parte abordar brevemente algunos de los conceptos fundamentales que, a nuestro juicio, resultan de especial relevancia para contextualizar el caso y permitir una mayor comprensión de sus elementos fácticos. Posteriormente, daremos paso a la descripción de lo ocurrido, haciendo énfasis en los argumentos que se presentaron en uno y otro extremo procesal, así como en las decisiones judiciales de instancia. Luego, presentaremos nuestra posición crítica sobre el asunto, para cerrar con unas conclusiones generales.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DISTINTOS REGÍMENES DE TRANSICIÓN

La Constitución Política de Colombia establece, en su artículo 25, que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza de especial protección por parte del Estado; y en el artículo 48, preceptúa que la seguridad social es un servicio público orientado a garantizar el goce efectivo del derecho fundamental e irrenunciable a la seguridad social. Uno de los instrumentos idóneos que permite la protección de este derecho, es justamente la institución jurídica de la pensión, pues aquella permite una correcta redistribución de los recursos a los afiliados y beneficiarios, proporcionando al titular del derecho un escenario de igualdad material, mediante la garantía del goce efectivo de una vida digna a los afiliados y a sus familiares, ante la ocurrencia de situaciones cuando sobreviene la vejez, la muerte o la incapacidad del trabajador.

La pensión de vejez constituye tal vez la más importante institución del sistema de protección social, debido al impacto social que conlleva su reconocimiento. Por ello a la luz del principio de igualdad, el Legislador ha otorgado una especial garantía a quienes desarrollan trabajos de mayor riesgo, por estar expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud, como por ejemplo el haber desarrollado sus funciones en socavones o en subterráneos, tales como la minería; o con exposición a altas temperaturas por encima de los valores permisibles, entre otras, al punto de repercutir de manera negativa en su salud y generar una menor expectativa de vida o estar expuestas a un mayor nivel de siniestralidad. La doctrina ha definido como actividades de alto riesgo “*aquellas que generan una disminución de la expectativa de vida saludable de los trabajadores*”¹.

Debe resaltarse que el Código Sustantivo de Trabajo señaló las primeras pensiones especiales por actividades de alto riesgo en sus artículos 269, 270, 271 y 272, para aquellos trabajadores operarios de radio, de cable o similares; trabajadores de empresas mineras que prestaban sus servicios en socavones; y los dedicados a labores que se realizaban a temperaturas anormales, así como a los profesionales y ayudantes de establecimientos particulares dedicados al tratamiento de la tuberculosis.

Posteriormente, el Decreto 3041 de 1966 art. 14, estableció la edad para adquirir esta pensión de vejez y amplió el número de actividades realizadas por los trabajadores como los telefonistas aviadores y demás.

El artículo 15 del Decreto 758 de 1990, aprobado por el acuerdo 049 de la misma anualidad, sin precisar el tope mínimo en la edad para salir a disfrutar la pensión de vejez, señaló como requisitos un tiempo de 750 semanas cotizadas en alto riesgo, calificadas por las entidades de salud ocupacional del ISS. Al mismo tiempo, disminuyó la edad en (1) año por cada 50 semanas adiciones a las primeras 750 semanas; el monto de 45% por las primeras 500 semanas cotizadas y un 3% adicional por cada 50 semanas hasta 1.250, para un 90%; y el promedio se obtiene sobre los salarios de los 10 últimos años o toda la vida laboral (si tiene más de 1.250 semanas), si le es favorable.

La anterior normatividad fue derogada por el Decreto 1281 de 1994, el cual también reglamentó lo concerniente a las pensiones especiales de vejez para las actividades de alto riesgo que afectaran la salud del trabajador, precisando como requisito para adquirir el derecho de este tipo de pensión: (i) haber cumplido 55 años de edad, (ii) haber cotizado un mínimo de 1000 semanas, (iii) la edad se disminuirá un (1) año por cada 60 semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Hoy en día el Decreto 2090 de 2003 es la norma vigente que continuó regulando las pensiones especiales, señalando varios requisitos que resultaron ser más gravosos para el afiliado, respecto del cual se le exigían 700 semanas, continuas o discontinuas, en el ejercicio de las actividades indicadas en la norma con una cotización especial. Para este decreto, resulta necesario una edad de 55 años para hombres y mujeres; un tiempo cotizado de 797 semanas; y la edad se disminuye en (1) año por cada 60 semanas adiciones a las primeras 1000 semanas, sin que sea inferior a los 50 años y cotización especial de 10 puntos adicionales.

¹ Fernández, Alejandra. (2015, sep.-oct, págs. 31-32). Lo que hay que saber del régimen pensional especial de los trabajadores de actividades de alto riesgo. REVISTA ACTUALIDAD LABORAL N°:191. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rlaboral&document=rlaboral_ba5a42e2a7684284a9f19d577465ac7a

Del recuento normativo se extrae que a medida que ha pasado el tiempo, los requisitos para adquirir el derecho prestacional se han vuelto más exigentes, en especial luego de la expedición de la ley 100 de 1993, pues la regulación en materia pensional tiende a ser cada vez más gravosa y desproporcionada. En este contexto, el correcto entendimiento de la figura de la transición a la luz de los principios de *favorabilidad* e *in dubio pro operario* cobra un valor relevante, si en cuenta se tiene que su finalidad es preservar integralmente las condiciones previstas en la norma anterior referente al tiempo, edad y monto de la pensión, tal cual acontece con el régimen de transición del artículo 6 del decreto 2090 de 2003, el cual se condicionó no solo a los requisitos de su inciso primero (500 semanas de cotización especial), sino también a cumplir los de otra ley diferente que regula la pensión ordinaria de vejez general.

2.1. Regímenes de transición.

El artículo 36 de la ley 100 de 1993 instituyó la figura de régimen de transición de la prestación ordinaria de vejez, con el fin de proteger los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de los afiliados para que pudieran beneficiarse de las disposiciones pensionales a la entrada en vigencia de la mencionada ley. Este régimen se cumple para aquellos que al entrar en vigencia la ley 100 (1 de abril de 1994), tuviesen 35 años si es mujer, 40 años si es hombre, o 15 años o más de servicios (750 semanas). El régimen anterior aplicable en este caso es el conocido en el Decreto 758 de 1990 aprobado por el acuerdo 049 del mismo año.

Con el tiempo, las diferentes normas que modificaron los requisitos para adquirir la pensión especial fueron más gravosas para el afiliado. No obstante, el legislador permitió para aquellas personas que cumplieran ciertos requisitos, se conservaran los beneficios de la norma anterior. Por ejemplo, el Decreto 1281 de 1994, en su artículo 8, estableció que el interesado que al momento de entrar en vigencia este decreto tuviera treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres; o quince (15) o más años de servicios cotizados, les serían establecidos los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas y monto, del régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Por su parte, el Decreto 2090 de 2003, en su artículo 6, indicó que para quienes a la entrada en vigencia hubieran cotizado por lo menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho, al momento de cumplir el número mínimo de semanas requerido por la Ley 797 de 2003, a acceder al reconocimiento de la pensión en las mismas condiciones señaladas en las normas anteriores.

El Decreto 2655 de 2014 amplió la vigencia del régimen de pensiones especiales para las actividades de alto riesgo establecidas en el Decreto 2090 de 2003, hasta el 31 de diciembre de 2024.

Teniendo en cuenta en cuenta el tránsito legislativo en materia pensional, el régimen de transición cobra mucho valor atendiendo a la necesidad de impedir que se generen afectaciones desproporcionadas a quienes tienen expectativas legítimas de un derecho pensional, por estar próximos a cumplir los requisitos que demanda cada norma. A la garantía legal se adhieren unas constitucionales, como por ejemplo el principio de *favorabilidad* y el *in dubio pro operario*, que imponen un deber al sistema judicial, en el ejercicio interpretativo de los asuntos laborales, en el sentido de que cuando exista duda en relación a la norma jurídica aplicable, debe acogerse aquella que sea más favorable al trabajador, y con la cual proteja de mejor manera los intereses de aquél.

La cuestión estriba en que la existencia de varios regímenes de transición ha generado enormes dificultades, tanto al sistema judicial como a los defensores de los derechos de los trabajadores, en especial en relación a casos complejos como la reclamación de una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo; lo anterior no solo por la coexistencia de varias normas o multiplicidad de regímenes transicionales frente a una misma situación jurídica, sino también debido a la complejidad de redacción de las leyes-decretos de pensiones especiales y su gaseoso contenido, que podría derivar en diversas interpretaciones negativas -o positivas- para el trabajador, y en falta de uniformidad en las decisiones judiciales de los órganos de cierre. En todo caso, el operador judicial deberá tener grandes nociones hermenéuticas para agenciar otra dimensión de la norma especial a la que debe acudir a través del régimen de transición respectivo.

2.2. Los Principios de *favorabilidad* e *In dubio pro operario* y régimen de transición.

El principio de *favorabilidad* en materia laboral se encuentra establecido en el artículo 53 de nuestra Constitución Política y en el artículo 21 del Código Sustantivo de Trabajo. Este principio es aplicable para aquellos casos en los cuales existen varias disposiciones jurídicas vigentes disponibles aplicables a una misma situación, de modo tal que le corresponde al operador jurídico analizar cuál es la más favorable de conformidad con las pretensiones del afiliado o pensionado.

En la misma línea, el principio *in dubio pro operario* destina cuando existe una sola regla aplicable, pero esta admite varias interpretaciones, y le corresponde entonces al funcionario judicial determinar cuál de todos esos significados debe escoger para resolver la situación jurídica del interesado. Por consiguiente, el principio de *favorabilidad* permite elegir entre diferentes disposiciones normativas; mientras que el principio *in dubio pro operario* permite optar entre distintos contenidos normativos de una misma disposición.

De antaño la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C-663/07) ha sostenido que los principios de *favorabilidad* e *In dubio pro operario* encuentran su fundamento ontológico y axiológico en la necesidad de garantizar al trabajador que, en caso de duda y coexistencia de varias disposiciones, o de interpretación de varias fuentes, el operador judicial integre su caso en la situación jurídica que más le convenga.

Dichos principios no impiden la regulación de un nuevo tránsito legislativo, siempre que esté constitucionalmente justificado a partir de los criterios de proporcionalidad, razonabilidad, confianza legítima, progresividad de los derechos sociales y derechos mínimos de los trabajadores. Ante la existencia de regímenes de transición con diferentes vigencias, la Corte señaló que pese a las variaciones normativas, al afiliado le asiste el derecho a conservar las prerrogativas del mejor régimen transicional en que se haya visto inmerso, por estar cobijado bajo una EXPECTATIVA LEGÍTIMA², toda vez que su propósito es el de impedir que la derogación, subrogación o modificación del régimen anterior soslaye el derecho a estar cerca de adquirir el estatus pensional, tal cual sucede con las pensiones especiales.

² Entiéndase por expectativa legítima aquel derecho que tiene cierta probabilidad de consolidación futura, aunque *per se* no envuelve el nacimiento del derecho, pues no se ha conformado.

El régimen pensional especial por alto riesgo no es homogéneo con el régimen general de pensiones regulado en la Ley 100 de 1993. A propósito decantó la Corte que “...en el caso de los trabajadores de alto riesgo que por sus circunstancias particulares estuvieren amparados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es claro que el artículo 36 de esa ley es una disposición jurídica vigente, exigible plenamente por quien se encuentre cobijado por ella. En consecuencia, el régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, - que hoy se acusa -, resulta ser un régimen de transición distinto al de la Ley 100 de 1993, lo cual plantea cuestiones atinentes a la aplicación del régimen más favorable al trabajador.

En ese orden de ideas, en el hipotético caso en que en una situación concreta un trabajador se vea amparado por ambos regímenes de transición, - el de la Ley 100 y el del Decreto 2090 de 2003 -, lo cierto es que al existir dos normas vigentes y aplicables para una misma situación, debe prevalecer a la luz de la Constitución aquel régimen que resulte más favorable y benéfico para el trabajador involucrado, por tratarse de disposiciones pensionales.”³

Del análisis de la Corte se extrae que para dirimir el conflicto respecto de cuál régimen de transición debe ser aplicado a una misma situación, es menester iluminar este dilema con los principios antes expuestos, y darle aplicación a la norma o régimen transicional que ayude al beneficiario de la pensión, con el objeto de conservar los aspectos favorables de las normas derogadas o modificadas, con miras a que no se vean defraudadas las expectativas legítimas de los trabajadores o afiliados al sistema de seguridad social.⁴

3. DESCRIPCIÓN DEL CASO

3.1. Antecedentes: Demanda, hechos y pretensiones.

El señor CH⁵ promovió demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia, pretendiendo ser beneficiario de la pensión especial de vejez, por cuenta de haber laborado en actividades de alto riesgo para la salud, en el sentido de estar expuesto a altas temperaturas. Solicitaba que se aplicara la condición más favorable desde la fecha en que cumplió con los requisitos exigidos por la ley para acceder a dicha prestación. Como consecuencia de lo anterior, indicó que la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, estaba en la obligación de reconocer y cancelar las mesadas en forma retroactiva, desde la fecha del reconocimiento de la pensión especial de vejez, con los reajustes legales, mesadas adicionales; junto con los intereses moratorios a la tasa máxima vigente al momento en que se efectúe el pago las mesadas pensionales o, en su defecto, la indexación de las sumas adeudadas por dicho concepto.

Según los acontecimientos narrados, el señor CH estuvo vinculado laboralmente en un Ingenio azucarero desde el cinco (5) de marzo de 1980 hasta el treinta (30) de abril de 2007, de manera continua e ininterrumpida. Las funciones que realizaba en los cargos de jefe de molienda y jefe de taller industrial, eran calificadas como de alto riesgo, por cuanto debía ejecutarlas en áreas con exposición a altas temperaturas producidas por las calderas, turbinas de vapor, equipos de taller industrial, los molinos de la planta de producción, material particulado, gases,

³ Sentencia C-663 de 2007, ibídem.

⁴ Ver entre otras las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 1494-2018, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero y SL1353 de 2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

⁵ Aunque las sentencias judiciales contienen, en su gran mayoría, información de libre acceso al público, hemos optado por emplear las iniciales del demandante.

vapores, calor, humos, shocks eléctricos, incendios, explosiones industriales y espacios confinados, donde le correspondía a diario hacer presencia para cumplir con las labores asignadas por su empleador.

El señor CH cotizó al Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones- por los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el día 26 de octubre de 1977, obteniendo un total de 1412 semanas cotizadas. El 1 de noviembre de 1998, se trasladó a un fondo privado; y retornó al Régimen de Prima Media el 31 de marzo del año 2006, quedando reportada la novedad de transferencia de aportes.

El día 16 de diciembre de 2011, se solicitó pensión especial de vejez por alto riesgo ante el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca, agotándose la reclamación administrativa, factor de competencia para el juez laboral y, al mismo tiempo, se interrumpió la prescripción tanto del derecho como de la acción.

Se indicó en los hechos que el señor CH nació el 7 de abril de 1956, siendo beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual exige como uno de sus requisitos para acceder a él, tener 15 años o más de servicios a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (que fue el día 1º de abril de 1994), lo que para el caso del señor CH se encontraba probado de acuerdo con el histórico de cotizaciones.

Finalmente, refiere el señor CH que el régimen de pensión especial le es aplicable en virtud del beneficio transicional del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y dicho régimen se le conserva hasta el 31 de diciembre de 2014 por mandato del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que en el mes de junio de 2005 tenía cotizadas más de 750 semanas.

3.2. Primeras actuaciones: Proceso judicial, autos, contestación demanda y audiencias.

Radicada la demanda, correspondió por reparto al Juzgado Octavo Laboral del Circuito de la ciudad de Cali, quien mediante auto interlocutorio No. 2865 del 15 de diciembre de 2014, resuelve admitir la demanda instaurada por el señor CH contra Colpensiones, ordenando notificar y correr traslado a la entidad demandada.

Colpensiones contestó la demanda, fundamentando que el demandante no cuenta con la cantidad necesarias de semanas en condición de especialidad, debido a los cargos y/o funciones que desempeñó en las dependencias de su empleadora. Además, indicó que en relación al régimen de transición contemplado en el decreto 2090 de 2003, en cuanto a las pensiones especiales de vejez por alto riesgo, se requiere el cómputo de 500 semanas de cotización especial entre junio de 1994 y julio de 2003, con lo cual excepcionó de fondo la “inexistencia de la obligación” y “cobro de lo no debido”, así como la de prescripción e innominada.

Posteriormente, el Juzgado tuvo por contestada la demanda y fijó fecha para la audiencia obligatoria de conciliación, de decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, consagrada en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social; y la audiencia de que trata el artículo 80 ibidem (práctica de pruebas, alegatos y fallo). A la postre, el día 20 de noviembre de 2015, se efectuaron las audiencias antes descritas, se recepcionaron los testimonios traídos por la parte demandante, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.3. Sentencia de primera instancia y apelación.

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia No. 504 dictada el día 20 de noviembre de 2015, resolvió ABSOLVER a Colpensiones, de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra.

Las consideraciones para llegar a la decisión absoluta, consistieron en que el demandante no reunía los requisitos del decreto 1281 de 1994 (que es la norma que lo cobija) para la pensión especial de vejez; y debido a que el actor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual (RAIS), perdió el derecho que deriva el artículo 8 de la mencionada ley, que se ocupa del régimen de transición, adaptable para poder hacer el salto normativo hacia el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de ese mismo año.

Para llegar a esa conclusión, la operadora judicial expresó que en virtud del régimen de transición del decreto 2090 de 2003, del cual resulta ser beneficiario el demandante por haber contado con más de 500 semanas de cotización al haber entrado en vigencia este decreto, se le aplican los artículos 2 y 3 del decreto 1281 de 1994, que establecen que tendrán derecho a la pensión especial de vejez (i) quienes hayan cumplido 55 años de edad y (ii) tengan como mínimo 1000 semanas de cotización. Y, aunque se demostró que el demandante desarrolló actividades peligrosas, no obstante, no le es aplicable la norma anterior al decreto 1281 de 1994, que es el acuerdo 049 de 1990, toda vez que al haberse traslado del RAIS al RPM desde 1 de noviembre de 1998 al 31 de marzo de 2006, en dicho periodo su empleador no debía hacer las cotizaciones adicionales por actividad de riesgo, pues solo se está obligado cuando su empleado está afiliado al RPM administrado por Colpensiones. Y conforme a la sentencia C-030 de 2009 de la Corte Constitucional, es el actor quien debe efectuar aportes adicionales especiales para beneficiarse de la pensión. Por lo tanto, expresa el fallo que al no tenerse en cuenta las 381,46 semanas cotizadas al RAIS, el actor ostenta 1.021,46 semanas, es decir, solo cuenta con 21,46 semanas de las 60 semanas adicionales a las 1000 exigidas, para poder obtener la rebaja de edad.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer instancia, solicitando se revocara y, en su lugar, se condenara al pago de todas las pretensiones de la demanda.

3.4.- Sentencia segunda instancia.

A través de sentencia No. 053 de 2017, el Honorable Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, resolvió REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, ordenó condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión especial de vejez. Las consideraciones del Alto Tribunal fueron las siguientes:

En sentencia SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional, se expresó que los afiliados con más de 15 años al 1 abril de 1994, no pierden el beneficio del régimen de transición y pueden regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Evidenció la Sala que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1 abril de 1994), el señor CH contaba con 834 semanas cotizadas y, además, hizo el traslado a Colpensiones de todos los aportes realizados en el fondo privado.

Según el párrafo transitorio 4 del artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, finiquitó el día 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que al 25 julio de 2005, fecha de publicación del acto legislativo, tuviesen cotizadas 750 semanas, ya que para ellos se extiende dicho régimen hasta el 31 de diciembre de 2014. Infiriéndose que al conservar el demandante el beneficio de la transición, le es aplicable el acuerdo 049 de 1990.

Continuó el fallo expresando que el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 señaló que el acceso a la pensión se haría en las condiciones establecidas en las normas anteriores regulatorias del alto riesgo, por lo cual, para la transición se puede optar no solo por la normativa previa (como lo es el Decreto 1281 de 1990), sino que igualmente podría acogerse la codificación antepuesta a esta última, tal cual es el Acuerdo 049 de 1990.

Es de recalcar que la segunda instancia sienta posición respecto a que el régimen de transición contenido en el decreto 2090 de 1990 es distinto al del artículo 36 de la ley 100 de 1993, planteando este último condiciones más favorables que el primero.

Indicó además que si el trabajador está amparado por ambos regímenes de transición⁶, lo cierto es que por existir dos normas vigentes aplicables a una misma situación jurídica; a la luz de la Constitución debe prevalecer el régimen que resulte más favorable para el trabajador en tratándose de disposiciones pensionales; colocando para ello como ejemplo la sentencia 43892 del 30 de abril 2014, M.P. Jorge Mauricio Burgos, donde se contempló la posibilidad de coexistencia de varios regímenes, siendo dable escoger el más benéfico al afiliado. Así las cosas, con fundamento en el principio *in dubio pro operario*, si se tienen varias condiciones en regímenes de transición con distintas interpretaciones, se debe escoger la más favorable para el trabajador.

Resaltó asimismo la Alzada, que no se vislumbraba alguna razón que impidiera emplear el acuerdo 049 de 1990 en el caso de los trabajadores de alto riesgo, por cuanto su aplicación deviene del régimen de transición contenido en la ley 100 de 1993 por ser una disposición jurídica vigente exigible plenamente, con base en varias sentencias, entre ellas la C-663 de 2007.

En consecuencia, tras haberse demostrado que el señor CH estuvo expuesto al calor por encima de los límites permitidos en las normas de salud ocupacional y seguridad industrial en todos los cargos desempeñados; tras reunir 750 semanas con exposición a altas temperaturas, el *Ad-Quem* le reconoció la prestación especial de vejez de conformidad con el artículo 15 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año.

Para el cálculo de la edad pensional se tuvo en cuenta un total de 1.405 semanas cotizadas en toda la vida laboral con exposición a altas temperaturas, de las cuales se restan las 750 semanas exigidas para el reconocimiento prestacional, arrojando 655 semanas adicionales. Así, toda vez que por cada 50 semanas adicionales se resta un año a la edad mínima pensional para la causación del derecho, las 655 semanas adicionales representan un total de 13 años⁷ de disminución de edad pensional, que restados a la edad mínima pensional de trabajador (60 años⁸), resulta en 47 años de edad, mismos que el demandante cumplió desde el 7 de abril del año 2003.

⁶ Artículo 6 del Decreto 2090 de 1990 Vs artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁷ Por cada 50 semanas se disminuye 1 año de edad. 655 semanas / 50= 13 años.

⁸ El actor cumplió 60 años el 7 de abril de 2016, menos 13 años, resulta el derecho a los 47 años de edad que cumplió el 7 abril de 2003.

Sin embargo, la mesada pensional fue pagadera al surtimiento de la reclamación administrativa, es decir, un mes después a partir de la fecha en que se elevó la correspondiente solicitud pensional; y como quiera que la petición se elevó el 16 de octubre de 2011 ante la Administradora de Pensiones, operando una desafiliación implícita, la mesada se cancela desde el 16 de noviembre del año de 2011.

4. DISCUSIÓN DEL CASO Y ESTUDIO CRÍTICO

Queremos empezar destacando la forma en que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, reconoció la pensión especial por altas temperaturas, haciendo una interpretación sistemática de las normas y principios que rodean el régimen de transición, con el fin de acoger el criterio más favorable para la obtención del derecho pensional.

En el proceso bajo estudio, se generó un dilema al determinar qué régimen de transición era susceptible de aplicación al afiliado para el otorgamiento de una pensión especial por alto riesgo, al coexistir normativas vigentes a una misma situación jurídica, como son la ley 100 de 1993, y los decretos 2090 de 2003 y 1281 de 1994, cada una con su propio sistema transicional.

Frente a la disyuntiva, el Tribunal acogió el método de interpretación sistemática de las normas y principios, justificado en el estudio realizado, los contextos de todas las disposiciones que pueden influir en el análisis casuístico; y el entendimiento y alcance actual del ordenamiento legal, para de ahí soportar la aplicación en el régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en aras de dar el salto normativo, y no en los otros decretos por ser estos regresivos.

En este caso, a pesar de que el decreto 2090 de 2003 (que tiene su propio régimen de transición en el artículo 6) se encontraba vigente para cuando el demandante cumplió los requisitos de edad y semanas cotizadas para hacerse a la pensión de vejez conforme estatuye el artículo 9 de la ley 797 de 2003, el Juzgador de instancia respetó las prerrogativas del artículo 36 de la ley 100 de 1993 con la finalidad de aplicar el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, que trazaba condiciones más favorables que las del decreto 2090, ya que contempla un mejor IBL y la disminución en la edad pensional no tiene límite. Mientras que de haberse acogido el Decreto 2090 de 2003, se hubiese efectuado el salto normativo a la regulación previa, esto es el decreto 1281 de 1994, que ostenta un IBL más bajo y pone límite en la disminución de edad pensional hasta los 50 años, lo que evidentemente es mucho más gravoso para el afiliado.

Del estudio elevado, conviene precisar que el contenido de ambos regímenes de transición y normas en materia de pensión especial, difieren en cuanto a requisitos y beneficios. De manera que adecuar los principios de favorabilidad e *in dubio pro operario* en armonía con los fines de las prescripciones legales, permite que se tenga un campo de acción más amplio a la hora de hacer interpretaciones susceptibles de superior protección.

Estudio crítico:

Con el objeto de plantear un dilema y promover una discusión jurídica, en caso de que varíen algunos elementos del proceso, a continuación presentamos los siguientes interrogantes, los cuales han sido resueltos por el Magistrado Ponente de la sentencia de segunda instancia doctor Carlos Alberto Oliver Gale:

¿Qué pasaría si en su interpretación dejara por fuera el régimen de transición artículo 36 Ley 100 de 1993? ¿Cómo hubiese variado la decisión? R/ Tendríamos que aplicar el Decreto 2090 de 2003, que me lleva hacia el Decreto 1281 de 1994, el cual perjudicaría al trabajador sobretodo en la tasa de reemplazo. El deber ser del régimen de transición es que se aplique la norma anterior en su integridad, no la nueva. El problema es que ha existido el proceso interpretativo en donde para poder aplicar la transición me exigen el requisito de una nueva norma, con ello ¿cuál sería la razón de ser de consolidar un derecho de norma anterior? La transición se consigue con el cumplimiento de requisitos de la norma anterior, pero en nuestra legislación este régimen no ha sido pleno, puro, deja matices o elementos adicionales para que la nueva Ley se pueda aplicar, y esto especialmente perjudica el IBL.

¿Qué diferencia encuentra en los regímenes de transición: Ley 100 y Decretos 2090 de 2003, 1281 de 1994? R/ El Régimen de transición del artículo 36 de Ley 100 me lleva hacia el acuerdo 049 de 1990. En el tema de pensiones especiales el acuerdo 049 por vía de régimen de transición, la edad va ser punto de referencia. Para la pensión especial la disminución parte de los 60 años, y lo que exceda a las 750 semanas cotizadas en alto riesgo, la edad va disminuyendo hasta donde den las semanas sin límite. Por el contrario los Decretos 1281 y 2090 la edad parte de 55 años, pero esa disminución no podrá ser más allá de 50 años.

¿Qué principios prevalecen para aplicar el derecho de transición? R/ Favorabilidad e indubio pro operario, sobre todo el indubio pro operario. Si estamos en presencia de una sola norma aplico indubio pro operario, en cambio en presencia de dos normas estaríamos aplicando favorabilidad. La redacción del 1281 y 2090 es caótica, enredada, se pueden dar para muchas apreciaciones, lecturas, siempre que leo esas normas me dan sensaciones diversas, por la redacción que tiene es incomprensible. De ahí que gracias a algunas sentencias de inexecutable es que se le ha dado significado a lo que es un régimen de transición, y no solo quedamos con lo que quiso decir el legislador, que solo enreda la norma. Por lo tanto, los principios permiten que en caso de duda debe resolverse en favor del beneficiario de la seguridad social.

¿Qué sucede si no se hubiese aplicado el principio de *favorabilidad e indubio pro operario* en el caso bajo estudio? ¿Significa que los principios fueron fundamentales para poder otorgar el derecho pensional por una Ley específica? R/ No necesariamente. El indubio pro operario no es un método de interpretación, sino un criterio de elección de interpretación, primero interpreto y si tengo duda acudo a lo más favorable. El Decreto 2090 señala que el acceso a la pensión se haría con las normas anteriores, por ello la Corte Constitucional en varios pronunciamientos señala que cuando haya varios regímenes se debe aplicar el más favorable.

¿Los principios de favorabilidad y de indubio pro operario tienen límites razonables o son criterios de interpretación inderrotables en este tipo de procesos? R/ Principios absolutos no hay. Si miramos algunas de las legislaciones extranjeras en materia de derecho del trabajo y seguridad social, frente la utilización de principios, puede haber un

choque por cuanto se ponen los principios a competir; A esto se le ha denominado sostenibilidad del sistema. Los principios en el contexto que trae el derecho de trabajo y seguridad social definitivamente no son criterios de interpretación, sino reglas de elección de interpretación, primero interpreto, le doy un alcance a la norma y si persiste la duda acudo a lo más favorable. Por esta razón el principio pro operario aplica en la medida que tenga duda.

¿Qué pasaba en su mente cuando encontró que coexistían varios regímenes de transición? R/ No era el primer caso que sacaba, la duda no era tanto por la coexistencia sino por la vigencia de los regímenes. De ahí analizábamos si lo que estábamos haciendo era demasiado amplio o si la garantía era excesiva, hasta que se tomó la decisión. Y posterior jurisprudencia avala lo que se ha hecho.

¿Si se hubiese hecho una interpretación literal de las normas y no sistemática, la decisión habría sido distinta? R/ No, hubiese llegado a idéntica conclusión. Aquí surge un problema, y es saber ¿qué es una interpretación literal? Son ciertas reglas lógicas, el lenguaje, por ejemplo el Decreto 2090 indica que para acceder a la pensión se haría con las normas anteriores, pero esa misma norma es tersa, enredada, adiciona requisitos de la Ley 797 de 2003. En la interpretación se trata de usar el mayor número método interpretativo. Cuando acudo a interpretación sistemática es porque se acude a varias disposiciones y el engranaje nos da esa pauta.

¿Qué sucede si no se cuentan con las 1.405 semanas que tenía el demandante, sino solo por ejemplo con 1000 semanas? R/ Ahí hay un problema de supuesto de hecho que traen las normas, en especial el Decreto 2090 de 2003, porque da entender que hay que tener las semanas de la Ley 797, pero realmente eso no es cierto. Otra cosa es como se liquida la pensión, ahí si influye el número de semanas cotizadas.

¿Es posible abrir camino a nuevas interpretaciones del Régimen de transición? R/ Siempre es posible. Hay que mirar las circunstancias, observar los nuevos casos, o que alguien piense lo contrario. Hasta ahora se ha mantenido la misma posición.

¿Cree que a través del proceso del señor CH, se puedo profundizar más sobre la comprensión de la figura jurídica del régimen de transición en general? R/ Si, es posible, pero cada caso tiene su problema. A veces normativo, de interpretación, de vigencia, actualmente se generan problemas de tipo probatorio por ejemplo para probar que el trabajador laboro expuesto al alto riesgo.

¿Cómo convenció a la mayoría de la sala? R/ Se les explico. Alguno de los magistrados llevo otro caso con matices semejantes y se siguió con la línea. Cuando se han decantado esos casos se llega acuerdo más fácil. Los primeros casos que se llevan son más difíciles.

¿En algún momento pensó en negar la pensión? ¿Pensó en el trabajador? R/ El proceso de interpretación que uno hace, o de comprensión de los casos, te lleva a plantear muchas cosas en tu cabeza. No se puede olvidar que el derecho a la seguridad social es compensador, tiene su fin, lleva a pensar si es posible dar el derecho, aunque se presentan dificultades, hay situaciones que lo hacen imposibles, cambia la balanza del caso y se llega a una decisión distinta.

¿Se basó en las Leyes que rigen el alto riesgo o se cimentó más en la posición jurisprudencial y de interpretación de normas? R/ En todo, en ambas cosas. Debo partir primero de los presupuestos, si se cumplen para pensión de alto riesgo. También está el presupuesto probatorio que en este caso no había discusión, después se analiza cómo será la argumentación mental del que proyecta. Se observa que para la sala no es obstáculo si el precedente jurisprudencial de las Cortes es distinto, pero debemos fundamentarlo muy bien.

¿Considera que la principalística adoptada en la decisión, podría constituir una guía académica para analizar casos futuros? R/ Si, definitivamente. Pero todo es relativo porque no todos son iguales, hay muchos que siguen un patrón, y esa es su guía. Aun en casos diferentes se parte de esa base y de ahí se proyecta hacia la comprensión de la nueva discusión.

5. CONCLUSIONES

Con el estudio de caso se evidencia la importancia de la aplicación de los principios orientadores de *favorabilidad e indubio pro operario* para resolver un problema de ambigüedad en la regulación de la pensión especial de vejez por alto riesgo a la salud, tras coexistir multiplicidad normativa aplicable, regulaciones que en función del paso del tiempo tienden a desmejorar las condiciones pensionales.

Es en tal virtud que el régimen de transición adquiere trascendental importancia al permitir efectuar saltos normativos para obtener normas más benéficas al afiliado, convirtiéndose en un privilegio para quienes alcanzan a cumplir las demandantes exigencias regulatorias, y en una herramienta interpretativa y argumentativa indispensable tanto para el profesional del derecho litigante, como para el Operador Judicial.

Ante la coexistencia de diversos regímenes transicionales que redundan en la multiplicidad de saltos normativos, torna indispensable la aplicabilidad de los principios orientadores para poder emplear la transición y otorgar la eficacia a normas anteriores, obviando requisitos adicionales y regresivos “*de una nueva norma*” que redundan en perjuicios pecuniarios al momento de liquidar la pensión.

Esa proliferación de normas y sus redacciones enmarañadas han llevado a que la Corte Constitucional tuviese que precisar el estudio del salto normativo a partir de la principalística, permitiendo la elección de las reglas jurídicas más favorables en aras de no soslayar las expectativas legítimas del afiliado cuando exista duda frente al régimen de transición aplicable.

No obstante, a lo largo de la disertación logramos establecer que los principios de *favorabilidad e in dubio pro operario* no son simples criterios de interpretación normativa, tampoco tienen carácter de absolutos, sino que alcanzan la categoría de “*reglas de elección de interpretación normativa*”, pues en la práctica judicial cuando el Juzgador encuentra pluralidad de interpretaciones que otorga una misma norma o la multiplicidad de normas aplicable a un mismo caso, estos principios como *criterio de elección de interpretación*, constituyen herramientas jurídicas que permiten elegir por la intelección que mejor resuelva el asunto sub iudice en pro del afiliado (bien sea sistemática o literal). Lo que supone que las disposiciones legales en sí mismas deberían tener su propio alcance, empero se demostró con el asunto aquí planteado que la eficacia de los preceptos que regulan las pensiones por alto riesgo, no son consistentes, ni comprensibles en cuanto a su redacción y contenido.

Así, el resultado del análisis del tema trazado derivó en la aplicación del régimen de transición de la norma general de pensiones ley 100 de 1993 (artículo 36) por mantener un carácter progresivo de protección ante los derechos de la seguridad social, en comparación a los demás regímenes de transición estudiados (decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003) que componen un carácter nocivo frente al nivel alcanzado en la ley 100; sumado a que todo el engranaje técnico - jurídico se efectuó con el propósito de reconocer al demandante su derecho pensional especial con el decreto 758 de 1990, que aprobó el acuerdo 049 de 1990, precepto al que se logra llegar haciendo un salto normativo destinando como trampolín el régimen de transición aquí tanto mencionado.

Se PROPONE pues que la aplicación de los principios orientadores de *favorabilidad e indubio pro operario* sean tomados por las escuelas jurídicas y judiciales como reglas de elección de interpretación normativa obligatorias, ya que en palabras de la Corte Constitucional, todo retroceso normativo “*debe presumirse en principio inconstitucional*”⁹ y como tal, debe darse un tratamiento más progresivo en el otorgamiento prestacional a todos los afiliados del RPM y del RAIS.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Proceso tomado del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el cual se solicita pensión especial por alto riesgo de la AFP Colpensiones.
- Ley 100 de 1993, Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, Decretos 2090 de 2003, 1281 de 1994 y 2655 de 2014. Artículo 53 Constitución Política y artículo 21 del Código Sustantivo de Trabajo.
- Sentencias Corte Constitucional SU-062 de 2010, C-663 de 2007, C-228 de 2011, T-730 de 2014.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL5470-2014 - rad. 43892 del 30 de abril 2014, M.P. Jorge Mauricio Burgos.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 30581 del 9 de julio de 2008 M.P. Luis Javier Osorio López
- Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 40662 del 15 de febrero de 2011 M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL1353 del 27 de marzo de 2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/babr2019/SL1353-2019.pdf>.
- Fernández, Alejandra. (2015, sep.-oct, págs. 31-32). Lo que hay que saber del régimen pensional especial de los trabajadores de actividades de alto riesgo. REVISTA ACTUALIDAD LABORAL N°:191. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rlaboral&document=rlaboral_ba5a42e2a7684284a9f19d577465ac7a.

⁹ Sentencia Corte Constitucional C-228 de 2011.