Providencia: Sentencia del 13 de septiembre de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-003-2015-00170-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: LUZ MARY RÍOS DE VALENCIA

Demandado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente: Dra. OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada que salva voto: Dra. ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN

**Tema:**

**IGUALDAD DE TRATO PARA LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES CUANDO EL CAUSANTE COTIZÓ AL SECTOR PUBLICO ANTES DE LA LEY 100/93:** El problema se presenta para los riesgos de invalidez y muerte cuando las cotizaciones se hicieron antes de la ley 100 de 1993 porque el legislador no previó para dichas contingencias un régimen de transición y por eso ha sido necesario acudir al principio de la condición más beneficiosa. La aplicación de dicho principio ha sido pacífica en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de acudir a la norma inmediatamente anterior, específicamente al Acuerdo 049 de 1.990.

Sin embargo, las cosas se complican para la pensión de sobrevivientes cuando el causante cotizó al sector público antes de la vigencia de la ley 100 de 1.993 y al momento de fallecer no se había pensionado aún por cuanto no existe una norma anterior que hubiera previsto dicha prestación *–la pensión de sobrevivientes-* sino únicamente la sustitución pensional, que como su nombre lo indica, implica la existencia previa de una pensión de vejez. Dicho panorama resulta discriminatorio para los beneficiarios del trabajador del sector público cotizante para quienes no hay lugar a la pensión de sobrevivientes cuando aquel muere sin haberse pensionado, a diferencia de los beneficiarios del pensionado público que fallece, a quienes se les sustituye la pensión que venía recibiendo aquel. También se presenta una odiosa diferenciación frente a los trabajadores del sector privado que cotizaron antes de la ley 100 para quienes se estableció en el Acuerdo 049 la pensión de sobrevivientes y no la mera sustitución pensional. Todas estas diferenciaciones se superaron en la ley 100 de 1993 de tal manera que resulta indiferente si el causante trabajó en el sector público o privado o en los dos.

Empero, siendo evidente esta diferencia de trato legislativo entre unos y otros beneficiarios en la legislación anterior a la ley 100, al juzgador le corresponde, en aplicación del derecho a la igualdad, superar esas barreras y procurar que todos los beneficiarios sean partícipes de las mismas reglas de juego a la hora de reclamar la pensión de sobrevivientes, para que sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital no se vean truncados por una aplicación literal de la norma, desprovista de la más mínima consideración constitucional.

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la sentencia mayoritaria, por cuanto considero que en el presente caso había lugar a reconocer a la demandante la pensión de sobrevivientes aplicando en su caso específico los principios de igualdad y condición más beneficiosa, por las siguientes razones:

En el presente caso la demandante pretende que en su calidad de cónyuge supérstite del Sr. LUIS GONZAGA VALENCIA se le reconozca la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de condición más beneficiosa. En segunda instancia por decisión de las mayorías, se denegó dicha pretensión a pesar de que la actora tiene la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, bajo los siguientes fundamentos: *i)* Que el causante falleció el 11 de abril de 1997 y por lo tanto la pensión de sobrevivientes se disciplinaría, en principio, bajo los términos de la ley 100 original. *ii)* Que como quiera que el causante no cotizó las 26 semanas requeridas en dicha norma, le es aplicable la norma inmediatamente anterior en virtud del principio de condición más beneficiosa. *iii)* Que por haber cotizado el causante en el sector público antes del 1º de abril de 1994, la norma anterior es la ley 33 de 1985 que no contempla la pensión de sobrevivientes sino la sustitución pensional, requisito que no se cumple en el presente caso por cuanto el *de cujus* no tenía la calidad de pensionado. *iv)* Que tampoco se puede recurrir al Acuerdo 049 de 1990 por cuanto la afiliación del causante al ISS se dio apenas el 1º de junio de 1995, es decir, en vigencia de la ley 100/93. *v)* Que conforme a la posición de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, a efectos de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, los aportes al sistema pensional debieron realizarse exclusivamente al ISS, sin que pueda acumularse cotizaciones o tiempos servidos en el sector público, razón por la cual no es posible considerar las cotizaciones que hizo el fallecido al sector público antes del 1º de abril de 1994.

Frente a esa ratio decidendi, lo primero que debo expresar es que las Salas de Decisión No. 1 y 3 de esta Corporación hemos aplicado por la mayoría de sus integrantes y en virtud del principio de la interpretación más favorable, los precedentes de la Corte Constitucional en virtud de los cuales cuando el Acuerdo 049 establece el mínimo de cotizaciones requerido para pensionarse, no establece que aquellos se hayan hecho exclusivamente al ISS *-como lo interpreta la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia-*, por lo que es perfectamente válido afirmar que es procedente la acumulación de cotizaciones al sector público y al sector privado para gozar de los beneficio de dicho Acuerdo. Dicho precedente lo ha aplicado la Corte Constitucional para los casos de la pensión de vejez en virtud del régimen de transición.

Con todo, con fundamento en el principio de igualdad, las mismas razones caben para las pensiones de sobrevivientes en los casos en los cuales el causante cotizó al sector público y privado, porque de todas maneras cotizó al sistema y no sería coherente afirmar que la acumulación de cotizaciones cabe para el amparo del riesgo de vejez pero no para los riesgos de invalidez o muerte. En efecto, en materia de pensión de vejez las cosas se resuelven fácilmente en virtud del régimen de transición, porque la ley 71 de 1988 permite la acumulación de aportes al sector público y privado. Además, como se dijo anteriormente, la Corte Constitucional incluso permite dicha acumulación al amparo del Acuerdo 049.

El problema se presenta para los riesgos de invalidez y muerte cuando las cotizaciones se hicieron antes de la ley 100 de 1993 porque el legislador no previó para dichas contingencias un régimen de transición y por eso ha sido necesario acudir al principio de la condición más beneficiosa. La aplicación de dicho principio ha sido pacífica en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de acudir a la norma inmediatamente anterior, específicamente al Acuerdo 049 de 1.990.

Sin embargo, las cosas se complican para la pensión de sobrevivientes cuando el causante cotizó al sector público antes de la vigencia de la ley 100 de 1.993 y al momento de fallecer no se había pensionado aún por cuanto no existe una norma anterior que hubiera previsto dicha prestación *–la pensión de sobrevivientes-* sino únicamente la sustitución pensional, que como su nombre lo indica, implica la existencia previa de una pensión de vejez. Dicho panorama resulta discriminatorio para los beneficiarios del trabajador del sector público cotizante para quienes no hay lugar a la pensión de sobrevivientes cuando aquel muere sin haberse pensionado, a diferencia de los beneficiarios del pensionado público que fallece, a quienes se les sustituye la pensión que venía recibiendo aquel. También se presenta una odiosa diferenciación frente a los trabajadores del sector privado que cotizaron antes de la ley 100 para quienes se estableció en el Acuerdo 049 la pensión de sobrevivientes y no la mera sustitución pensional. Todas estas diferenciaciones se superaron en la ley 100 de 1993 de tal manera que resulta indiferente si el causante trabajó en el sector público o privado o en los dos.

Empero, siendo evidente esta diferencia de trato legislativo entre unos y otros beneficiarios en la legislación anterior a la ley 100, al juzgador le corresponde, en aplicación del derecho a la igualdad, superar esas barreras y procurar que todos los beneficiarios sean partícipes de las mismas reglas de juego a la hora de reclamar la pensión de sobrevivientes, para que sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital no se vean truncados por una aplicación literal de la norma, desprovista de la más mínima consideración constitucional.

Bajo ese hilo conductor, en el presente caso, habiendo el causante cotizado al sector público antes de la ley 100 y luego al ISS, debió aplicarse el Acuerdo 049 para la deprecada pensión de sobrevivientes aplicando las mismas reglas que se aplican para todas las pensiones de sobrevivientes disciplinadas por dicha norma, acumulando las cotizaciones que el causante hizo con suficiencia al sector público y las del propio ISS, con lo cual era procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, condicionando el pago de la misma a que se constituya el respectivo bono pensional a cargo de las entidades públicas involucradas en este asunto .

En cambio la decisión que se tomó no hizo otra cosa que perpetuar desde el punto de vista judicial la discriminación de la cual eran víctimas los beneficiarios del trabajador del sector público antes de la ley 100 de 1993, postura que riñe con la Carta Política y con los tratados internacionales que defienden el derecho a la igualdad.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN**

**Magistrada**