El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia del 31 de enero de 2017

Radicación No.: 66001-31-05-003-2015-00462-01

Proceso: Ordinario Laboral – Salvamento de voto

Demandante: Rocío Buriticá Carvajal

Demandado: Colpensiones

Magistrado Ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

Tema:

Interpretación más favorable respecto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa: En el presente caso, la posición de las mayorías no descarta la procedencia del principio de la condición más beneficiosa para la concesión de la pensión de sobrevivencia o invalidez, según el caso, siempre y cuando se aplique la norma inmediatamente anterior, como lo pregona la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, atendiendo la interpretación de la Corte Constitucional sobre la materia, la cual resulta más favorable para el o la beneficiaria, es posible el salto de la Ley 797 u 860 de 2003, al de los reglamentos del antiguo ISS, en la medida en que el artículo 53 de la Constitución no restringe la aplicación de la condición más beneficiosa a sólo 2 normas aplicables al caso. Así lo estipuló en la sentencia T-566 de 2014 (…)

Tal como lo han sostenido las Salas Laborales de Decisión No. 1 y 3 de esta Corporación en asuntos similares al que se analiza –*en las cuales se acoge por sus mayorías la tesis de la Corte Constitucional-*, con la interpretación restringida que la Corte Suprema de Justicia le ha dado al principio de condición más beneficiosa, no sería posible en puridad del derecho darle pleno sentido a principios tan caros a nuestro Estado Social de Derecho, los cuales se ven mayormente reflejados en el campo de la Seguridad Social, como son: la favorabilidad, la condición más beneficiosa, las expectativas legítimas, la buena fe y la confianza legítima, entre otros.

De tal suerte que lo que de la Corte Constitucional se deba resaltar, para efectos Constitucionales y Legales, así como prácticos, es su moderna tendencia a abrirle un amplio espectro al concepto del derecho de favorabilidad, ya no reducido, como antes, a la confrontación de normas vigentes al momento de surgirse el conflicto normativo, sino que para ello, también se pueda confrontar las que han perdido vigencia en ese momento, si el afiliado realizó cotizaciones en vigencia de dicha disposición, siempre que una norma posterior resulte ser desfavorable a su derecho pensional.

De esa manera se garantiza, igualmente, la protección de la expectativa legítima de aquellos que con observancia al régimen pensional vigente a la fecha de su afiliación al sistema de seguridad social, efectuaron sus cotizaciones con el propósito de obtener la pensión, o de causar la prestación de sobrevivientes a sus familiares.

**Violación del derecho a la igualdad de la parte demandante:** Debemos empezar por iterar que el derecho a la seguridad social en pensiones es un **derecho fundamental**  y en tal sentido no solo de conformidad a las normas internacionales y las constitucionales sino la del propio Código Sustantivo del Trabajo (artículo 21), en caso de conflicto o duda sobre la interpretación de las normas de seguridad social, prevalece la más favorable para el afiliado, afiliada, beneficiario o beneficiaria.

Por esa razón y por todo lo explicado líneas atrás, antes de la integración del cuarto Magistrado a la Sala Laboral de este Tribunal *–situación que ocurrió a partir del 1º de febrero de este año-* la mayoría de sus integrantes habíamos acogido la posición de la Corte Constitucional por resultar la más favorable, razón por la cual en múltiples sentencias se había concedido la pensión de invalidez en todos los asuntos similares al presente. Sin embargo, la recomposición de las nuevas Salas de Decisión ha permitido que las Salas de Decisión No. 2 y 4 *­–en este caso la Sala de Decisión No. 4- se* abstengan de aplicar el principio de la condición más beneficiosa en los casos en los que la invalidez se estructuró en vigencia der la ley 860 de 2003 pero el afiliado sólo reúna los requisitos de las normas anteriores a la ley 100 original.

Esta nueva manera de resolver los asuntos en los que se involucra el principio de la condición más beneficiosa, viola el derecho a la igualdad de todos aquellos que están en similares circunstancias a quienes en la Sala anterior o en las nuevas Salas de Decisión No. 1 y 3 se les concede la respectiva pensión.

# 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 aplicar el principio de condición más beneficiosa a efectos de conceder la pensión de sobrevivientes deprecada en la demanda por las siguientes razones:

1. **Interpretación más favorable respecto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa:** En el presente caso, la posición de las mayorías no descarta la procedencia del principio de la condición más beneficiosa para la concesión de la pensión de sobrevivencia o invalidez, según el caso, siempre y cuando se aplique la norma inmediatamente anterior, como lo pregona la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, atendiendo la interpretación de la Corte Constitucional sobre la materia, la cual resulta más favorable para el o la beneficiaria, es posible el salto de la Ley 797 u 860 de 2003, al de los reglamentos del antiguo ISS, en la medida en que el artículo 53 de la Constitución no restringe la aplicación de la condición más beneficiosa a sólo 2 normas aplicables al caso. Así lo estipuló en la sentencia T-566 de 2014:

*“Tenemos entonces que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha conceptuado que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa no puede extralimitarse y convertirse en una búsqueda histórica de las normas que pueden resultar aplicables al caso, más allá de la vigente al momento de ocurrir la muerte del afiliado y la inmediatamente anterior a esta.*

***Aunque esta Sala encuentra razonable dicha posición, no comparte la interpretación que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hace del principio de la condición más beneficiosa, habida cuenta que ni en la Constitución Política, artículo 53, ni en la jurisprudencia constitucional, el concepto acuñado y desarrollado en torno a dicho principio es restringido el análisis de únicamente dos disposiciones normativas que pueden ser aplicadas a un caso concreto. (…)”***(Negrilla fuera de texto)

Más adelante expresó:

*“Ahora bien, con fundamento en lo citado, lo que sí comparte esta Sala en relación con la posición de la Corte Suprema de Justicia es aquel criterio según el cual, por parte del afiliado fallecido deben dejarse causados los requisitos que exige aquella norma que resulta más beneficiosa a la situación particular, tal como se pudo observar en los casos referidos a la obtención de la pensión de sobrevivientes, donde se ha señalado que aún cuando el fallecimiento ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 es factible siempre y cuando se cumpla el número y densidad de semanas cotizadas exigidas por esta norma, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100. Por tanto,* ***en razón a que esta última tesis es la que ha acogido la jurisprudencia constitucional y, en efecto, es la que más garantiza los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo de los ciudadanos, la Sala optará por aplicarla.”*** (Negrilla fuera de texto)

Con fundamento en lo anterior la Corte Constitucional en sede de tutela ha ordenado la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 en casos en los cuales la invalidez se dio en vigencia de la Ley 860 de 2003, aduciendo que cuando una disposición ha establecido nuevos requisitos a los aportantes al sistema sin que se haya establecido ningún régimen de transición en relación con las pensiones de invalidez, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez, según se lee en la Sentencia T-062 A del 4 de febrero de 2011, en la que reprodujo lo dicho en las sentencias T-383 de 2009 y T-628 de 2007.

En el aludido asunto se estudió el caso de una persona con una pérdida de capacidad laboral del 70.75%, con fecha de estructuración del 27 de enero de 2009, que no reunía los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003 (50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, ni 26 semanas en ese mismo periodo conforme al parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003), en el cual concluyó la Corte lo siguiente: *“Sin duda alguna, en el presente caso las modificaciones a los requisitos que se establecieron con la Ley 100 de 1993 y posteriormente con la Ley 860 de 2003, son regresivos frente a la situación particular del accionante, que no obstante haber cotizado 1165.35 semanas por más de 20 años y hasta el año 2006, ahora debe acreditar haber cotizado 25 semanas durante el año anterior a la calificación de la invalidez, mientras que bajo el régimen del Decreto 758 de 1990 ya cumplía con el requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier época”*. Estos mismos criterios son perfectamente aplicables a los casos de pensión de sobrevivientes.

Hace poco la Corte Constitucional, a través de la sentencia SU-442 del 18 de agosto de 2016, unificó los criterios en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa, reiterando los precedentes anteriores y precisando que “Si bien el legislador podía introducir ajustes o incluso reformas estructurales al sistema pensional, debía hacerlo en un marco de respeto por los derechos adquiridos y las expectativas legítimas” y que, en vista de que la ley no contempló un régimen de transición que garantizara las pensiones de invalidez, debía preservarse para quien cumplió oportunamente uno de los requisitos relevantes para pensionarse el derecho a que ese aspecto no le fuera cambiado drásticamente, en la medida en que resultara beneficioso para su seguridad social. Resaltó igualmente que el accionante en dicha acción aportó un total de 653 semanas en su historia laboral, por lo cual “no puede hablarse de un detrimento para la sostenibilidad financiera del sistema pensional”.

Tal como lo han sostenido las Salas Laborales de Decisión No. 1 y 3 de esta Corporación en asuntos similares al que se analiza –*en las cuales se acoge por sus mayorías la tesis de la Corte Constitucional-*, con la interpretación restringida que la Corte Suprema de Justicia le ha dado al principio de condición más beneficiosa, no sería posible en puridad del derecho darle pleno sentido a principios tan caros a nuestro Estado Social de Derecho, los cuales se ven mayormente reflejados en el campo de la Seguridad Social, como son: la favorabilidad, la condición más beneficiosa, las expectativas legítimas, la buena fe y la confianza legítima, entre otros.

De tal suerte que lo que de la Corte Constitucional se deba resaltar, para efectos Constitucionales y Legales, así como prácticos, es su moderna tendencia a abrirle un amplio espectro al concepto del derecho de favorabilidad, ya no reducido, como antes, a la confrontación de normas vigentes al momento de surgirse el conflicto normativo, sino que para ello, también se pueda confrontar las que han perdido vigencia en ese momento, si el afiliado realizó cotizaciones en vigencia de dicha disposición, siempre que una norma posterior resulte ser desfavorable a su derecho pensional.

De esa manera se garantiza, igualmente, la protección de la expectativa legítima de aquellos que con observancia al régimen pensional vigente a la fecha de su afiliación al sistema de seguridad social, efectuaron sus cotizaciones con el propósito de obtener la pensión, o de causar la prestación de sobrevivientes a sus familiares.

Es que sobre cada uno de estos principios, inmersos en esta controversia pensional, se ha pronunciado la propia Sala Laboral de la Corte Suprema, quien de entrada, descarta que se atente en contra del principio de la sostenibilidad financiera de la seguridad social, al asumirse una postura favorable al reconocimiento pensional con apoyo en el principio de la condición más beneficiosa. Estas son sus palabras en tal sentido:

*“[l]a aplicación jurisprudencial del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra la regla de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, no solo porque esta regla obliga específicamente al legislativo a partir de la fecha señalada, sino, sobre todo, porque la aplicación del principio señalado opera sobre unas personas que han reunido las exigencias fácticas que, bajo una normativa determinada, aseguraban a ellas o a sus sucesores la obtención de un derecho. Y al reunir esas exigencias fácticas, traducidas en una determinada densidad de cotizaciones, esas personas han igualmente satisfecho las exigencias de tipo financiero demandadas por el sistema, según la normativa para ese momento. O sea, para el sistema vigente en ese momento, sus pensiones estaban financiadas al cumplir el tiempo exigido de cotización…el hecho de que una persona haya cumplido con los requerimientos de cotización impuestos bajo una determinada normativa, garantiza que la pensión para la cual ha cotizado está garantizada por el propio estado, con lo cual se cumple otro elemento normativo adicionado al artículo 48 de la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2005”.*

Entorno a los principios de las expectativas legítimas y condición más beneficiosa, apuntó el mismo órgano de cierre de la especialidad laboral en sus sentencias: 22 de octubre de 2013, 8 de mayo y 25 de julio de 2012, radicaciones: 39229, 35319 y 38674, entre otras.

*“Bajo las anteriores perspectivas, el [principio de la condición más beneficiosa], tiene adoctrinado la Sala por línea general, entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificar el régimen pensional al cual estuvieran adscritos, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido en sentido riguroso, se ubican en una posición intermedia, habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbi gratia, haber cumplido íntegramente con la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada para obtener una prestación de índole pensional. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente para el momento en que reunieron la densidad exigida para obtener la prestación. En ese horizonte, ha enseñado esta corporación que, tratándose de derechos que no se consolidan por un solo acto sino que suponen una situación que se integra mediante hechos sucesivos, hay lugar al derecho eventual, que no es definitivo o adquirido mientras no se cumpla la última condición, pero que sí implica una situación concreta protegida por la ley, tanto en lo atinente al acreedor como al deudor, por lo que supera la mera o simple expectativa. Estas son las llamadas por la doctrina constitucional “expectativas legítimas”* (sentencia de 25 de julio de 2012 atrás reseñada).

En estos fallos cita el alto Tribunal para apoyar la doctrina anterior el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT, el Convenio 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, que dispone:

“*ART. 30. —La legislación nacional deberá, bajo condiciones prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes*”.

Recalca, entonces, la alta Corporación *“que este convenio confiere un valor relevante a la preservación de “los derechos en curso de adquisición”*, *destacando con ello la obligación estatal de respetar aquellos requisitos que ya han sido consolidados por una persona, con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición”.*

Ello, también lo ilustra, con el Convenio 157 de la OIT, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (1982), que versa sobre los llamados “derechos en curso de adquisición”, en materia de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes”.

Así mismo, trae a cuento el artículo 2 de la declaración universal de los derechos humanos, y los convenios 100 y 101 sobre factores ilegítimos de discriminación, y remata con la legislación interna, artículo 13 superior, y 272 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al primero, predica:

 *“[b]ajo la órbita del artículo 13 superior, imponer unas condiciones más exigentes a quien ha consolidado de hecho, bajo una determinada normativa, una “situación” de semanas cotizadas, que le confieren fundamento para reclamar ulteriormente una pensión de invalidez, o a sus sucesores una de sobrevivientes, constituye una forma de discriminación. Es decir, en este caso se está imponiendo un trato diferente, más gravoso, con un motivo no relevante, como lo es el hecho de que, no obstante su situación consolidada, deba acreditar adicionalmente mayores requisitos, en ausencia de los cuales no puede ser beneficiario de la respectiva pensión. Con otras apalabras, e estaría contraviniendo lo proclamado por el artículo 53 superior, que ordena reconocer “la situación más favorable” …”.*

Finalmente, trae a cuento el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que:

*“[l]os principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia”. Y que:*

 *“[l]a propia Carta Fundamental extiende a la seguridad social, sin ninguna duda, los principios que, en su origen, son propios del derecho laboral”.*

En conclusión como lo enseña el alto Tribunal Constitucional, que ante la inexistencia de un régimen de transición para las pensiones de sobrevivencia e invalidez, en atención a los principios de buena fe, confianza legítima y favorabilidad, es dable, en el sub-lite, dar aplicación a una norma anterior, como es el Acuerdo 049 de 1990, puesto que dicha regla, se estatuye con el fin de proteger el principio de favorabilidad que en materia laboral ha reconocido el artículo 53 del ordenamiento superior, el cual patentiza la realización de los demás principios que se traen a cuento.

1. **Violación del derecho a la igualdad de la parte demandante:** Debemos empezar por iterar que el derecho a la seguridad social en pensiones es un **derecho fundamental**  y en tal sentido no solo de conformidad a las normas internacionales y las constitucionales sino la del propio Código Sustantivo del Trabajo (artículo 21), en caso de conflicto o duda sobre la interpretación de las normas de seguridad social, prevalece la más favorable para el afiliado, afiliada, beneficiario o beneficiaria.

Por esa razón y por todo lo explicado líneas atrás, antes de la integración del cuarto Magistrado a la Sala Laboral de este Tribunal *–situación que ocurrió a partir del 1º de febrero de este año-* la mayoría de sus integrantes habíamos acogido la posición de la Corte Constitucional por resultar la más favorable, razón por la cual en múltiples sentencias se había concedido la pensión de invalidez en todos los asuntos similares al presente. Sin embargo, la recomposición de las nuevas Salas de Decisión ha permitido que las Salas de Decisión No. 2 y 4 *­–en este caso la Sala de Decisión No. 4- se* abstengan de aplicar el principio de la condición más beneficiosa en los casos en los que la muerte del afiliado, afiliada, pensionado o pensionada aconteció en vigencia der la ley 797 de 2003 pero el afiliado sólo reúna los requisitos de las normas anteriores a la ley 100 original.

Esta nueva manera de resolver los asuntos en los que se involucra el principio de la condición más beneficiosa, viola el derecho a la igualdad de todos aquellos que están en similares circunstancias a quienes en la Sala anterior o en las nuevas Salas de Decisión No. 1 y 3 se les concede la respectiva pensión.

Como puede observarse, frente al principio de la condición más beneficiosa existen dos interpretaciones con efectos jurídicos disímiles: la de la Sala de Casación Laboral que es más restrictiva y la de la Corte Constitucional que es mucho más flexible y favorable. Frente al dilema que surge de saber cuál es el precedente vinculante, las Salas de Decisión Laboral No. 1 y 3 de esta Corporación, por la mayoría de sus integrantes hemos optado por la interpretación más favorable, que es la de la Corte Constitucional, atendiendo precisamente uno de los principios pilares del Derecho laboral como es el Principio Por Operario, en virtud del cual se debe acoger la interpretación más favorable cuando existan dos o más interpretaciones frente a una misma fuente normativa, principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución y el artículo 21 del código sustantivo del Trabajo. No sobra recordar que el principio pro operario y en general todos los principios mínimos fundamentales del artículo 53 de la Constitución Política operan en favor no solo del trabajador sino de quien hace parte del sistema general de seguridad social.

Así mismo vale la pena recalcar que la seguridad social es un derecho fundamental cuya naturaleza no cambia por el hecho de que se analice en un proceso ordinario o en una acción de tutela y por eso resulta ligero afirmar que dependiendo de la jurisdicción que conozca dicho derecho (la ordinaria o la constitucional), el precedente vinculante corresponde al órgano de cierre de una y otra, es decir que si el derecho a la seguridad social se ventila ante la justicia ordinaria habrá que acogerse la posición de la Sala de Casación Laboral, en tanto que si se hace en una acción de tutela, el precedente vinculante es el de la Corte Constitucional. Dicha tesis desconoce por una parte que la seguridad social es un derecho humano protegido por instrumentos internacionales y por nuestra Carta Política, y por otra, establece una diferencia de trato que viola el derecho a la igualdad del usuario, toda vez que, como acabamos de ver, cada uno de los vértices de la jurisdicción ordinaria y la constitucional tiene una interpretación diferente frente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa cuya razón de ser es el derecho fundamental a la pensión de sobrevivientes o a la pensión de invalidez, según el caso.

Ahora, en lo que toca al principio de la sostenibilidad financiera del sistema de la seguridad social, instaurada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que podría servir como tesis contraria a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, su afectación se descarta por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la sentencia proferida el 2 de mayo de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número 41695, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, en la que se expusieron los siguientes argumentos:

*“*Por la razón expuesta, la aplicación jurisprudencial del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra la regla de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, no sólo porque esta regla obliga específicamente al legislativo a partir de la fecha señalada, sino, sobre todo, porque la aplicación del principio señalado opera sobre unas personas que han reunido las exigencias fácticas que, bajo una normativa determinada, aseguraban a ellas o a sus sucesores la obtención de un derecho. Y al reunir esas exigencias fácticas, traducidas en una determinada densidad de cotizaciones, esas personas han igualmente satisfecho las exigencias de tipo financiero demandadas por el sistema, según la normativa vigente para ese momento. O sea, para el sistema vigente en ese momento, sus pensiones estaban financiadas al cumplir el tiempo exigido de cotización.*”.*

En virtud de lo anterior debió revocarse la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, debió concederse la pensión de sobrevivientes pretendida por la demandante, pues el causante cotizó 728,713 semanas antes del 1º de abril de 1994, esto es, más del doble de las 300 exigidas por el Acuerdo 049 de 1990.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN