El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Aclaración de voto de la sentencia del 28 de marzo de 2017

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No.: 66001-31-05-004-2015-00448-01

Demandante: Esperanza Sánchez Aristizabal

Demandado: Colpensiones

Magistrada Ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que aclara voto: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema: Compatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión de sobrevivientes: La circunstancia de que el afiliado haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, para el caso la prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, no impide, como ya se ha expuesto, que éste o sus derechohabientes se beneficien de una pensión distinta al riesgo de vejez, como sería el caso de la pensión de sobrevivientes que se causa es por la muerte del asegurado, eso sí siempre y cuando se reúnan los requisitos legales exigidos para esta precisa contingencia. (Ahora bien) como quiera que en aplicación de la condición más beneficiosa, la demandante solicita que su pensión de invalidez se resuelva con base en los requisitos previstos en el acuerdo 049 de 1990, y en dicha norma, como se ha explicado, existe disposición expresa que excluye de  del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte a las personas que se hayan pensionado por el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común

# ACLARACIÓN DE VOTO

Mi respetuosa aclaración tiene que ver con el argumento esbozado para confirmar la sentencia de primer grado, según el cual no era procedente aplicar el principio de la condición más beneficiosa sólo por el hecho de que se acudía al Acuerdo 049 de 1990 cuando el deceso del causante se dio en vigencia de la Ley 797 de 2003; pues a mi juicio, la razones esbozadas por la A-quo se basaron en un estudio adecuado de los supuestos fácticos y se ajusta a los postulados legales y jurisprudenciales sentados por la Corte Constitucional, tal como procede a explicarse:

1. **Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto a los efectos jurídicos que produce el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que, a la luz de la filosofía y los principios del Sistema General de Seguridad Social, el reconocimiento que se haga de la indemnización sustitutiva no afecta la eventualidad del derecho a la pensión de invalidez, por cuanto se trata de dos beneficios legales diversos, que buscan amparar riesgos disímiles y, por tanto, se soportan en exigencias legales diferentes, por lo que nada se opone para que un afiliado, que no reunió en su momento los requisitos de la pensión de vejez y, por ello, se le cancele la citada indemnización, pueda seguir como asegurado del sistema pensional para otro tipo de contingencias y, con ello, genere las respectivas prestaciones económicas.

Así lo indicó en sentencia del pasado 16 de agosto de 2015, Rad. 45857, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno, que se acompasa entre otras con la sentencia del 27 agosto de 2008, rad. 33885, en la que se indicó que la afiliación al Sistema Pensional no desaparece con el pago de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos en RAIS[[1]](#footnote-1). Vale destacar de dicha sentencia, la conclusión en el sentido de que *“aunque el asegurado no tenga derecho a la prestación por vejez, puede perfectamente dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivencia en favor de sus legítimos derechohabientes”.*

1. **Del principio de la condición más beneficiosa**

Como bien lo advirtió la juzgadora de primera instancia, en el sub lite resultaba aplicable el principio de la condición más beneficiosa y era factible acudir al Acuerdo 049 de 1990, pues el causante contaba con más de 300 semanas cotizadas antes del 1º primero de abril de 1994, tal como fue acreditado sin oposición en sede de primera instancia. Ello sin embargo, como pasa a explicarse, se convierte en un obstáculo a la hora de acoger el criterio jurisprudencial acabado de exponer en el anterior acápite, según el cual el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide el posterior reconocimiento de la pensión de invalidez o sobreviviente, ya que bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990 *-que sería la norma aplicable a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes con 300 semanas cotizadas a la entra en vigencia de la Ley 100 de 1993-* la cobertura del aseguramiento en vejez, invalidez y muerte, tiene un límite en tiempo, llegado al cual el afiliado tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva, en el evento en que no haya alcanzado a cotizar la densidad mínima de semanas cotizadas. Señala el artículo 14 del mencionado acuerdo:

*Las personas que habiendo cumplido las edades mínimas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, se retiraren definitivamente de las actividades sujetas al seguro social y no hubieren acreditado el número mínimo de semanas de cotización requeridas para que tal derecho se cause, percibirán en sustitución, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión por invalidez permanente total que les hubiere correspondido en el supuesto de haberse invalidado al cumplimiento de la respectiva edad.*

*Para conceder esta indemnización se requiere, que no hayan transcurrido más de diez (10) años entre el período a que corresponde la última cotización acreditada y la fecha de cumplimiento de las edades para adquirir el derecho a la pensión de vejez, y que el asegurado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización.*

Pero además, en virtud literal d), artículo 2º del citado acuerdo, las personas que se hayan pensionado por el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios (hoy régimen de prima media con prestación definida) **o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez** o de invalidez por riesgo común, quedan excluidos del seguro de invalidez, vejez y muerte.

Dichas normas aplicadas al caso concreto, impedían a la demandante acceder al pago de la pensión de sobrevivientes, habida consideración que el señor Edgar Ospina Mira recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en virtud de lo cual debe aplicarse al caso en particular el artículo el artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, el cual, como atrás se indicó, dispone expresamente la exclusión del seguro de invalidez, vejez y muerte de las personas que hubieren recibido el pago de tal prestación (esto es, la indemnización sustitutiva de vejez).

En este orden de ideas, como quiera que en aplicación de la condición más beneficiosa, la actora solicita que su pensión de sobrevivientes se resuelva con base en los requisitos previstos en el acuerdo 049 de 1990, y en dicha norma, como se ha explicado, existe disposición expresa que excluye del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte a las personas que se hayan pensionado por el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, forzoso resultaba confirmar la decisión de primera instancia por los argumentos expuestos en ella.

Con estos breves argumentos sustento mi aclaración de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

1. Puede tomarse como sentencia hito la proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 20 de noviembre de 2011, Rad. 30123, M.P. Camilo Humberto Tarquino Gallego, en la que se indicó que no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiera recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. [↑](#footnote-ref-1)