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

Providencia: Sentencia del 16 de abril de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-004-2016-00320-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Amparo Ruíz García

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada Ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

Magistrada que salva voto: Ana Lucía Caicedo Calderón

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el respeto que me merecen mis compañeros de Sala, me aparto de la decisión mayoritaria tomada en este asunto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

 En el presente caso la Sala mayoritaria, como es bien sabido, comparte los argumentos que llevaron a la jueza de primera instancia a negar el derecho, motivación de la cual me aparto, dadas las siguientes circunstancias:

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 a la fecha del siniestro, tal como lo pregona la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero además, como bien se advierte en la sentencia de primera instancia, esta Sala Mayoritaria ha aceptado la incorporación del nuevo requisito señalado en la sentencia SL2358 -radicado No. 44596 del 25 de enero de 2017- para la aplicación de la condición más beneficiosa en el transito legislativo de la Ley 100 de 1993 (original) a la Ley 860 de 2003, en la que se analizó una pensión de invalidez, y se impuso una limitación temporal a la aplicación del referido principio, en el sentido de que la invalidez debió estructurarse en los tres (3) años siguientes a la entrada en vigencia de dicha norma; interpretación que, parafraseada a la pensión de sobrevivientes, se traduce en que la muerte haya acontecido entre el 29 de enero de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 del mismo año, y el 29 de enero de 2006.

Antes de ese cambio de precedente, el órgano de cierre de la jurisdicción laboral era del criterio de que el principio de la condición más beneficiosa frente a casos gobernados por la Ley 860 de 2003 o por la 797 del mismo año, en virtud del principio de progresividad y en atención a que no existe un régimen de transición en materia de pensiones de sobrevivientes e invalidez, suponía *“(…)* *aplicar la condición más beneficiosa contenida en la norma inmediatamente derogada (…)”[[1]](#footnote-1),* es decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, para pensiones de invalidez o el artículo 46 ídem (original), en el caso de pensión de sobrevivientes.

Para hacer efectiva la aplicación de dicho principio, señalaba la Corte Suprema que resultaba necesaria la acreditación de que el cotizante siniestrado -por invalidez o muerte- en vigencia de cualquiera de las normas modificatorias de la Ley 100 de 1993, en su texto original, reunía los requisitos en cuanto a densidad de semanas que exigía el texto modificado.

Valga recordar que dicho texto exigía, para aquellos que no estaban activos cotizando, una densidad de 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se consolidó la discapacidad o la muerte, o 26 semanas en cualquier tiempo, para quienes sí estaban cotizando activamente al momento del siniestro.

La variación jurisprudencial incorpora, como atrás se dijo, una sub-regla de adjudicación que hace aún más gravosa la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues limita su aplicabilidad en el tiempo. Hasta antes de dicho cambio, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, ofrecía la virtualidad de darle efectos ultra-activos a la normativa anterior, para así proteger las expectativas legítimas del asegurado que no alcanzó a consolidar el derecho a la pensión (de invalidez o sobrevivientes) bajo la égida de una nueva norma. Para aplicar dicho principio, la Corte, tanto Constitucional como Suprema, partían de la base de que las expectativas legitimas (o las reglas juego para decirlo en otras palabras) se veían afectadas por un tránsito legislativo en el tiempo. Esto se presenta cuando la persona reúne los requisitos de una norma anterior, mas no los de la norma vigente. Es decir, de no haberse producido un tránsito legislativo, la persona hubiera podido obtener su pensión ya que reunía los requisitos legales anteriores, dado que los nuevos resultan más gravosos. En ese sentido, el principio propende por la conservación de los requisitos de la norma anterior, para aquellos afiliados que antes de la entrada en vigencia de las leyes modificatorias del sentido original de la Ley 100 de 1993, reunían los requisitos que en cuanto a densidad de semanas exigía dicha disposición.

Así las cosas, para esta ponente, la operatividad de la condición más beneficiosa es procedente en los casos en que se ha cumplido la condición exigida por el régimen anterior, pues lo que se busca impedir con este principio es impedir la afectación de expectativas legítimas y ha señalado la Corte Constitucional, que una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, ninguna decisión judicial puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (Sentencia SU-442 de 2016) y en mi humilde opinión, en el cambio de precedente no se aportan razones de esa naturaleza, en razón de lo cual me mantengo en la interpretación que he defendido hasta la fecha.

Es necesario dejar en claro la posición de esta ponente frente a la variación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues aunque el causante en este caso no reúne ni siquiera el requisito de haber cotizado veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior a la promulgación de la Ley 797 de 2003, como bien fue precisado en la sentencia de primera instancia, si las hubiere tenido o si hubiere estado activo cotizando, la Sala mayoritaria de esta Corporación de todas manera le habría negado la aplicación de la condición más beneficiosa en el tránsito inmediato de leyes, con el argumento de que el siniestro (en este caso la muerte del afiliado) se produjo por fuera del término restrictivo de tres (3) años siguientes a la Ley que introdujo cambios sobre el texto original de la Ley 100 de 1993, como lo ha sostenido en otros asuntos similares.

No obstante, atendiendo la interpretación de la Corte Constitucional sobre la materia, la cual resulta más favorable para la beneficiaria, a mi juicio es posible el salto de la Ley 797 de 2003 a los antiguos reglamentos del ISS (hoy COLPENSIONES), 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, como lo he venido señalando de tiempo atrás, a la luz de la interpretación que al respecto tiene la Corte Constitucional, tal como está en la sentencia T-566 de 2014, de modo que en mi criterio habría lugar al reconocimiento de la pensión, al encontrarse acreditado que el causante reunió el número mínimo de semanas cotizadas exigido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, también he venido sosteniendo que el reconocimiento que se haga de la indemnización sustitutiva no afecta la eventualidad del derecho a la pensión de invalidez o de sobrevivencia, 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. Ello a la luz de lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia, según lo indicado 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 el RAIS[[2]](#footnote-2). 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”.*

 Por todo lo anterior, considero que en el presente asunto se encontraban reunidos los requisitos de orden legal para acceder al reconocimiento de la pensión reclamada y en esos precisos términos dejo planteadas las razones que me separan de la posición mayoritaria de la Sala.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

1. Sentencia [44999](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/f_csj_scl_44999%2817_07_12%29_2012.htm#Inicio) de 2012, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)