Providencia: Sentencia del 5 de julio de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-005-2015-00319-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Edilma Marín Vallejo

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia 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.

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 causación de la prestación de sobrevivientes, 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 la 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[[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”.*

A la luz de esa consolidada línea jurisprudencial, atendiendo al precedente vertical sobre la materia, la Sala debió modificar su precedente horizontal, que es contrario a la interpretación de la Corte Suprema, lo que implicaba un nuevo entendimiento del asunto, pues la circunstancia de que la afiliada haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide, como se vio líneas atrás, que esta 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.

Por otra parte, atendiendo la interpretación que hasta hace poco sostenía la Corte Constitucional respecto del principio de la condición más beneficiosa, la cual resulta más favorable para la promotora del litigio, 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.

Finalmente, debo advertir que no comparto la exigencia de los cinco requisitos establecidos en la sentencia SU-005 de 2018, que componen el “test de procedencia” para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa[[2]](#footnote-2), y para fundar mi discrepancia me remito a la sinopsis que hizo la Corte Constitucional en el comunicado No. 6 del 13 de febrero de los cursantes, de los salvamentos de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera y de los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, quienes, constituyendo la tercera parte de la actual conformación de dicha alta corporación, ponen de relieve que le nueva postura implica un cambio de tal magnitud que limita e, incluso, contradice la postura pacífica que se venía sosteniendo de tiempo atrás.

Así se señaló en el aludido comunicado[[3]](#footnote-3):

“La magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos salvaron su voto frente a la anterior decisión. Manifestaron que al estructurar el “test de procedencia” la mayoría desconoció, entre otros aspectos, que: (i) el estudio de procedibilidad de la acción de tutela corresponde a una valoración primaria y estrictamente formal que, por tanto, no admite la verificación de aspectos propios del fondo del asunto y que en últimas prejuzgan la titularidad del derecho alegado por los accionantes; y (ii) la variación de los criterios de análisis de procedencia en materia de pensión de sobrevivientes, asumida en esta sentencia, implicó, en el mejor de los casos, un evidente cambio de jurisprudencia que le imponía a la Sala la obligación de apropiarse de una estricta carga argumentativa omitida en esta ocasión. Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que se trató de una decisión que restringe el ámbito de protección de la jurisprudencia constitucional ha venido dando a asuntos similares, tal como a continuación se expone.

La lectura restringida que hizo la Sala en este caso, en relación con el alcance de la condición más beneficiosa aplicable a la pensión de sobrevivientes, muestra lo ajena que es esta decisión, en el contexto de una línea jurisprudencial pacífica y uniforme que las distintas Salas de Revisión habían estructurado, y con la cual había consolidado un importante escenario de seguridad jurídica. Esta Corte siempre, sin ninguna excepción, respondió de la misma manera al segundo problema jurídico planteado en la sentencia SU-005 de 2018: el principio de condición más beneficiosa, en aquellos eventos en los que el causante ha fallecido en vigencia de la Ley 797 de 2003, y no cumple con lo establecido en el artículo 12 de dicha normatividad, hace jurídicamente posible reconocer la pensión de sobrevivientes al beneficiario respectivo, de acuerdo con el Acuerdo 049 de 1990, siempre que se acredite que antes de que este último régimen perdiera vigencia, se había superado el requisito de cotización allí establecido, en procura de garantizar una salvaguarda constitucional de las expectativas legítimas de los afiliados frente a los cambios intempestivos de legislación pensional y ante la inexistencia, en estos eventos, de mecanismos legales como los regímenes de transición.

Para los tres magistrados, desatender la posición que ya se había fijado no se justificó a la luz de la jurisprudencia. Los exigentes criterios que demanda un cambio de precedente constitucional, en especial cuando es pacífico, encuentran sustento en la necesidad de protección de los principios de igualdad y seguridad jurídica. Así, el simple cambio de criterio de los magistrados de la Corte, bien sea porque modificaron su parecer o porque son personas distintas a las que dictaron los precedentes previos, no es razón suficiente para cambiar de jurisprudencia. Nunca se aclaró en el debate en Sala cuál era el “desajuste” de la línea históricamente asumida por la Corporación que, supuestamente, reclamaba un “ajuste” que implicara tan importante modificación. Que la mayoría de la actual Sala Plena considere que la posición pacífica y decantada en el pasado, compartida por quienes salvamos el voto, no le dio al Acto Legislativo 01 de 2005 el valor que a su juicio se merece, no demuestra que la nueva posición sea la correcta y la anterior errada, sino que son diferentes. De hecho, lejos de tratarse de un error, la perspectiva jurisprudencial constitucional tradicional es razonable, al punto que contrasta con la decisión que ahora ha sido adoptada por la mayoría de la plenaria, en la que evidentemente se ha desatendido el principio de progresividad en materia de derechos sociales y la consecuente prohibición de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección que ya se había alcanzado.

Esta Corte explícitamente venía defendiendo la lectura de las fuentes de derecho aplicables al caso de la manera más favorable, en contraste con la posición sostenida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la condición más beneficiosa sólo es predicable respecto del régimen pensional inmediatamente anterior. En esta oportunidad, la mayoría de la Sala Plena decidió dejar de lado la consolidada y cierta línea jurisprudencial constitucional, claramente vinculante, para asumir la respuesta dada desde el alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria, que ha de resolver la cuestión con énfasis en la legalidad y no la constitucionalidad. Con ello, se perdió de vista que la consagración por el Constituyente de 1991 de los principios mínimos fundamentales de la relación laboral, como la condición más beneficiosa, no responde a ninguna virtud filantrópica sino a luchas históricas por la reivindicación de los derechos sociales de los trabajadores. Aunado a lo anterior, los magistrados indicaron que si uno de los móviles que condujo a la adopción de la nueva posición correspondió al criterio de la sostenibilidad financiera, tal determinación no sólo debía quedar expresamente consagrada en la decisión, sino que ello, en todo caso, exigía una hermenéutica acorde con los principios rectores del sistema general de seguridad social (como la universalidad y la solidaridad), pero también un acatamiento del parágrafo contenido en el artículo 334 de la Constitución Política, según el cual “bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”, y que fue abiertamente desatendido en esta sentencia.

Los magistrados indicaron, además, que la definición jurisprudencial de una regla general de inaplicabilidad de la condición más beneficiosa a regímenes pensionales tras anteriores, y con ello el establecimiento de una excepción en aquellos casos de “vulnerabilidad”, desconoció no sólo la teleología y origen constitucional de la pensión de sobrevivientes, sino el principio de universalidad de los derechos. En concreto, manifestaron que el criterio del cual disintieron implica una severa regresión en punto del derecho a la seguridad social, que desconoce valores y principios de la Carta Política.

En suma, para los tres magistrados la decisión adoptada, en general, adolece de la carencia de un elemento determinante en la modificación de cualquier línea jurisprudencial: el desarrollo de razones “de peso” y “poderosas” (cfr. SU-047 de 1999, entre otras) que den cuenta de la necesidad de variar el precedente, con lo cual se ha puesto en riesgo contenidos superiores como la seguridad jurídica, la igualdad y el respeto por las decisiones de los órganos judiciales. Esto, sin duda, determinó la resolución definitiva de los casos concretos. No obstante, y pese a apartarse de la decisión adoptada, celebran los magistrados disidentes que al menos no hubiesen sido acogidas las tesis aún más restrictivas y regresivas, originalmente propuestas a la Sala.

Al margen de lo anterior debo advertir que el señor César Blandón Sánchez fue agricultor y administrador de fincas, es decir, un empleado que no tenía tierras propias. A este tipo de trabajadores históricamente no se los ha afiliado al sistema de seguridad social. Con respecto a la esposa, es una mujer de la tercera edad *–tiene 76 años-*, cuyas ganancias con un puesto de dulces en la plaza de mercado son mínimas.

Una cosa es que en el presente asunto se niegue la pensión, supuestamente, porque no cumple el test de procedencia y otra muy diferente que para ello se traigan argumentos tan débiles como los esgrimidos en la sentencia, pues no encuentro coherencia entre el discurso plasmado en ella y lo que se ha esgrimido en otros asuntos similares, en donde se ha concedido la pensión de sobrevivientes a personas con mejores condiciones que la demandante.

Así las cosas, al compartir los fundamentos planteados en los aludidos salvamentos de voto, me acojo a los mismos para apartarme de lo decidido en la sentencia de segundo grado, la cual debió revocar la decisión objeto de consulta para, en su lugar, conceder la pensión de sobrevivientes deprecada, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y el principio de la condición más beneficiosa; primero que todo, porque el causante cotizó más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, además, por cuanto la señora Edilma Marín demostró su calidad de beneficiaria de dicha prestación con el registro civil de matrimonio allegado al plenario y la contundente declaración rendida por los testigos Asdrubal Moscoso, Luís Evelio Grisales Henao y María Melva Marín Vallejo.

En estos términos dejo planteadas las razones del disenso frente a la posición mayoritaria expresada en la sentencia de la referencia.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**Magistrada**

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)
2. En aquellos casos en los que el hecho que dio origen a la pensión de sobrevivientes o la de invalidez se da en vigencia de las Leyes 797 u 860 de 2003, y se pretende la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 por darse los presupuestos establecidos en esta disposición normativa. [↑](#footnote-ref-2)
3. Al cual se hace alusión y se cita, valga decirlo, por cuanto la versión de la sentencia que circula en la red no aparece con el salvamento de los aludidos magistrados. [↑](#footnote-ref-3)