El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que expresa su salvamento de voto a la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Salvamento de voto

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

Radicación No.: 66001-31-05-005-2015-00370-01

Proceso: Ordinario laboral - Sentencia del 30 junio de 2017

Demandante: José Efraín Hernández y otro

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Dr. Julio César Salazar Muñoz

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto manifiesto mi inconformidad frente a la sentencia mayoritaria, pues considero que en el presente caso había lugar a confirmar la decisión de primer grado a pesar de la postura adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2358 del 25 de enero de 2017 (radicado 44596), la cual respeto pero no comparto por las siguientes razones:

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.

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 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, las Cortes, tanto Constitucional como Suprema, partían de la base de que las expectativas legítimas (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 Magistrada, 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, 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.

 En el caso de marras se dan los presupuestos objetivos y subjetivos para ordenar el reconocimiento de la prestación reclamada, pues al momento del deceso la señora Pastora Emilia Cardona se encontraba afiliada al sistema de pensiones, por lo que podía acreditar 26 semanas en cualquier momento para dejar causado el derecho, lo cual efectivamente ocurrió, según da cuenta la historia laboral visible a folio 39; por otra parte, quedó acreditada la calidad de hijo de Juan Camilo Hernández y que el señor José Efraín Hernández, como compañero permanente, convivió con aquella en los 5 años anteriores a la muerte.

 Es del caso precisar que en el *sub exámine* no era posible remitirse al contenido del Acuerdo 049 de 1990 con ocasión del aludido principio, por cuanto la de cujus carecía de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994, o de 150 semanas en los 6 años anteriores a esa misma calenda.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

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)