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.: 66001-31-05-005-2015-00606-01

Proceso: Ordinario laboral - Sentencia del 30 junio de 2017

Demandante: María Nelly Yépes Montoya 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, exponiendo como argumentos de mi discrepancia los mismos que fueran esbozados en el proyecto que presentara inicialmente como ponente, los cuales son los siguientes:

1. **Supuestos fácticos probados**

No existe discusión alguna en el presente asunto respecto a los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Víctor Gómez Ramírez falleció el 25 de agosto de 2012 (fl. 21); *ii)* que cotizó 676,24 semanas del 1º de abril de 1994, en los sectores público y privado, a través de los siguientes empleadores:

* Ministerio de Defensa Nacional entre el 1º de febrero de 1962 y el 15 de febrero de 1964 (fl. 39) 105 semanas;
* La Policía Nacional entre el 1º de noviembre de 1964 y el 1º de febrero de 1970 (fl. 44); 270,13.
* Seguridad Burns de Colombia desde el 26 de junio de 1970 hasta el 5 de febrero de 1971; 31,42 semanas
* Manufactura Cerámica entre el 3 de julio de 1972 y el 25 de enero de 1975 (fl. 64); 231.27 semanas
* El Departamento de Antioquia entre el 21 de mayo de 1975 y el 19 de enero de 1976 (fl. 51), 38,42 semanas.

*iii)* que Emely Gómez Yépez es hija del causante y nació el 13 de marzo del año 2000 (fl. 24) y, *iv)* que la demandante solicitó el 15 de agosto de 2014 el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, misma que fue negada a través de la Resolución GNR 373873 del 21 de octubre de 2014 (fl. 34).

Hasta aquí debe decirse que, en principio, la norma aplicable sería la vigente para el momento del óbito del señor Víctor Gómez Ramírez, que no es otra que la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, la cual exige que él hubiera cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al fallecimiento, requisito que no se cumplió, pues en ese interregno no tiene semanas cotizadas, razón por la cual se solicitó el reconocimiento de la gracia pensional en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

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

Como se dijo precedentemente, la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la legislación vigente al momento del fallecimiento del afiliado, pero por excepción es posible acudir a la legislación anterior con el fin de determinar la concesión o no de la gracia pensional, en aplicación del *“Principio de la condición más beneficiosa*”, siempre y cuando el causante o el afiliado, según se trate de pensión de sobrevivencia o pensión de invalidez, haya acumulado el número mínimo de semanas para causar el derecho conforme a la legislación anterior a la norma vigente para la fecha del fallecimiento o la estructuración de la invalidez, según el caso.

Vale la pena resaltar que respecto a la aplicación de este principio existen dos interpretaciones: una de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que es restrictiva, y otra de la Corte Constitucional que es mucho más amplia. La primera aduce que sólo es posible acudir a la norma inmediatamente anterior, mientras la segunda asevera que puede acudirse auna norma anterior, independientemente si es inmediata o no, bajo la tesis de que el artículo 53 de la Constitución no restringe la aplicación de la condición más beneficiosa a sólo 2 normas aplicables al caso, apartándose de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia por considerarla menos favorable que la asumida por esa Colegiatura. Así lo expresó, entre otras, en la sentencia T-566 de 2014[[1]](#footnote-1).

Sin embargo, hace poco la Sala de Casación Laboral redujo aún más su postura en la aplicación de este principio en el tránsito de la Ley 100 original a la Ley 860 de 2003 en la Sentencia SL 2358, Radicado No. 44596 del 25 de enero de 2017, en la que se analizó una pensión de invalidez, al imponer una limitación temporal en el sentido de que la invalidez debió estructurarse en los 3 años siguientes a la entrada en vigencia de dicha norma, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, -y si se da ese requisito, se puede entrar a analizar otros señalados en la misma providencia-; 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.

Como quiera que en el presente caso el causante falleció el 24 de agosto de 2012, es decir, por fuera del interregno que jurisprudencialmente estableció la Sala de Casación Laboral en la citada sentencia para la aplicación de la ley 100 original, no es posible disciplinar esta pensión de sobrevivientes con dicha norma, que es la legislación inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003, en cuya vigencia falleció la pareja de la parte demandante. Dicho de otra manera, conforme al nuevo precedente de la Corte Suprema de Justicia –precedente acogido por la mayoría de los integrantes de esta Sala de decisión­- no hay lugar a aplicar el principio de condición más beneficiosa.

No obstante, el caso puede analizarse a la luz del Acuerdo 049 de 1.990, que si bien no es la norma inmediatamente anterior, se acompasa al precedente la Corte Constitucional quien a través de la sentencia SU-442 del 18 de agosto de 2016 –en la que se analizó una pensión de invalidez-, 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”.

 Este precedente de la Corte Constitucional ha sido acogido por las Salas de Decisión Laboral No. 1 y 3 de esta Corporación, por la mayoría de sus integrantes, atendiendo precisamente uno de los principios pilares del Derecho laboral como es el Principio pro 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, el acogimiento de dicha postura se apuntala en el hecho de 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.*”.*

1. **Acumulación de cotizaciones en distintos regímenes a efectos de reconocer una prestación en virtud del Acuerdo 049 de 1990**

Por otra parte, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-769 de 2014, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, *–en un asunto donde se buscaba la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición-*, precisó que dicha norma no estableció que las cotizaciones debieran efectuarse exclusivamente en el I.S.S., ni fijó un modo restringido para computar las semanas, sino que exige simplemente que se hubieran hecho en la cantidad requerida, independientemente de si se efectuaron en los sectores público o privado; interpretación que resulta más favorable para los intereses del afiliado, de acuerdo con los artículos 53 de la Constitución Política y el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

 Cabe decir que si bien en la providencia que se acaba de citar se aborda un asunto en el que se pretende el reconocimiento de una prestación en virtud del régimen de transición, lo cierto es que al no contar la pensión de sobrevivientes con esa prerrogativa, la postura jurisprudencial se puede hacer extensiva para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, esto es, que para la contabilización de las semanas necesarias para haber dejado causado el derecho en aplicación de aquella disposición constitucional, no es necesario que la las cotizaciones se hayan realizado exclusivamente en el I.S.S, tal como lo sostuvo esta Corporación en la sentencia del 30 de octubre de 2015, proferida dentro del proceso radicado con el número 2013-00483, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo.

 Resulta pertinente destacar que esta nueva interpretación del asunto guarda coherencia con un reciente pronunciamiento de esta misma Corporación. En efecto, con ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo, el 10 de diciembre de 2015, la Sala mayoritaria disertó de la siguiente manera:

*“La adecuada intelección del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, permite deducir de sus términos, como lo acota el Tribunal Constitucional, que no prevé que el titular del derecho hubiese sufragado exclusivamente los aportes a dicho organismo de la Seguridad Social, esto es, que se deba descartar el tiempo servido en el sector público.*

*Esto, en concomitancia con el hecho de que el ISS, hoy COLPENSIONES, por ser la última Entidad a la que se efectuaron las cotizaciones, es la obligada al reconocimiento pensional, disponiendo como se ofrece en esta litis, del bono pensional que por los servicios prestados al sector público, fue liquidado (fls. 24 a 32), de tal suerte, que no habría excusa para que no se tuviera en cuenta, dichos servicios, a efectos de confeccionar la tasa de reemplazo definitiva, máxime cuando las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, no hacen parte del régimen de transición, por lo que este referente debe ser determinado según lo dispuesto en el actual sistema general de pensiones, el cual es plenamente favorable a dicha acumulación (sentencia SU 769 de 2014)”.*

1. **Caso concreto**

La suscrita Magistrada comparte las consideraciones de la Jueza de primer grado respecto de la viabilidad de la aplicación de principio de la condición más beneficiosa en el caso bajo estudio, pues al estar acreditado que el señor Víctor Gómez Ramírez cotizó un total de 676,24 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es evidente que dejó causado el derecho para que sus beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes en virtud del aludido principio y el Acuerdo 049 de 1990.

Respecto a la calidad de beneficiarias de la prestación, no cabe duda que Emely Gómez Yepez la ostenta al haber sido menor de edad al momento de fallecer su padre, asistiéndole el derecho a la prestación, en un 50% hasta el 13 de marzo de 2018, o hasta el mismo día y mes del año 2025 en caso de demostrar la continuación de sus estudios

Por otra parte, también considero acertado el discernimiento que efectuó la Jueza de instancia para concluir que la señora María Nelly Yepez también ostenta dicha calidad, pues cumplió con la carga de demostrar que convivió e hizo vida marital con el causante Víctor Eduardo al menos en los 5 años anteriores al fallecimiento, al llamar a rendir testimonio a Blanca Edith Correa, Alejandro Munera y Luis Evelio Morales, quienes manifestaron de manera espontánea haber conocido a la pareja y convivieron por más de 20 años ininterrumpidamente; que tuvieron dos hijos, de los cuales uno falleció de una aneurisma, dando crédito a los manifestado por la parte demandante.

En ese orden de ideas, se encuentra igualmente cumplido el requisito subjetivo para conceder la pensión de sobrevivientes, habida consideración que Víctor Eduardo Ramírez y María Nelly Yépez convivieron por más de 20 años; por lo tanto, es claro que a la demandante y a su hija les asiste derecho a percibir la pensión de sobrevivientes deprecada, en cuantía de un salario mínimo y una mesadas adicionales por haberse causado la prestación después del 31 de julio de 2011.

 Igualmente, es del caso precisar que como ni el ISS ni ahora COLPENSIONES tiene en su haber el bono pensional por concepto de los tiempos servidos a Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional y el Departamento de Antioquia, Colpensiones, podrá válidamente tramitar ante esas entidades los bonos pensionales que correspondan. Lo anterior por cuanto, según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que se aplica por analogía al presente caso, es procedente el cómputo del tiempo de servicios como servidor público remunerado, siempre y cuando el empleador, traslade, con base en el cálculo actuarial efectuado por la AFP, el bono pensional que corresponda. En ese orden, una vez recibido el respectivo bono pensional, la entidad demandada deberá proceder al pago de la prestación.

 Como corolario de lo hasta aquí discurrido, considero que debió adicionarsela sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a Colpensiones que, en el término de un mes contado desde la fecha de notificación de este proveído, gestione la expedición del bono pensional correspondiente a todo el tiempo que el señor Víctor Eduardo Gómez Ramírez prestó sus servicios personales como servidor público remunerado por el Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional y el Departamento de Antioquia, poniendo en conocimiento de dichas entidades la liquidación para que ésta transfiera la suma correspondiente, contando a partir de ese momento con 5 días para cancelar la pensión de sobrevivientes en el monto y términos señalados.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

1. En esa oportunidad indicó el Tribunal Constitucional lo siguiente:

*“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. (…)”*

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 aun 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.”* [↑](#footnote-ref-1)