Providencia: Sentencia del 20 de junio de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-004-2017-00214-01

Proceso: Ordinario Laboral

**Demandante:** Olga Lucía Duque Restrepo

**Demandado:** Colpensiones

Magistrado ponente: Dr. Julio César Salazar Muñoz

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la sentencia mayoritaria por cuanto considero que en el presente caso había lugar a revocar la decisión de primer grado para, en su lugar, conceder la pensión de sobrevivientes a la actora en virtud del principio de condición más beneficiosa, por las siguientes razones:

Respecto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa 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 Política no restringe la aplicación de la condición más beneficiosa a sólo dos 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, como es sabido, 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 SL4650, Radicado No. 45262 del 25 de enero de 2017, al imponer una limitación temporal en el sentido de que el fallecimiento del causante debió ocurrir 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, como por ejemplo, si no se encontraba cotizando al momento del deceso, debía contar con 26 semanas en el año anterior al 26 de diciembre de 2003 y la misma cantidad en el año que antecedió el óbito-*.

En el presente caso, como el fallecimiento del señor Carlos Armando Vargas ocurrió el 4 de septiembre de 2016, 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 sería posible disciplinar esta pensión de sobrevivientes con dicha norma, que es la legislación inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003. 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, considero el caso podía analizarse a la luz del Acuerdo 049 de 1990 que, si bien no es la norma inmediatamente anterior, se acompasa al precedente de 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 acogida por la suscrita Magistrada 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.*”.*

Finalmente, es menester 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.

En virtud de lo anterior debió confirmarse la sentencia de primera instancia íntegramente, pues tal como lo aceptó Colpensiones, entre otras, en la Resolución VPB 5200 de 2017, el señor Carlos Armando Vargas Londoño cotizó 477 semanas antes del 1º de abril de 1994, esto es, muchas más de las 300 exigidas por el Acuerdo 049 de 1990.

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)
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)