

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

SL026-2018

Radicación n.º 58298

Acta 2

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **ELIA MARÍA PADILLA CANTILLO**, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 23 de abril de 2012, en el proceso que instauró la recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – hoy COLPENSIONES-**.

Téngase como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales, hoy en liquidación, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, acorde con la solicitud obrante a folio 58 del cuaderno de la Corte y a lo previsto en el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012.

I. ANTECEDENTES

Elia María Padilla Cantillo demandó al Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que fuera condenado al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de sobrevivientes, con base en el salario mínimo vigente desde la fecha de fallecimiento de su compañero permanente, a partir del 06 de enero de 2007, reajustados hasta la fecha de la sentencia, así mismo solicitó la cancelación de las mesadas adicionales de junio y diciembre, junto con la indexación, los intereses de la Ley 100 de 1993, índices de precios al consumidor, y demás pagos que protejan la devaluación; las costas procesales y lo que resulte de la aplicación de facultades *ultra y extra petita*.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que el señor Víctor Rafael de Alba Guete estuvo afiliado al ISS del 10 de septiembre de 1973 al 31 de octubre de 1998; que falleció por causas de origen no profesional el 6 de enero de 2007, fecha para la cual no había cumplido los 60 años, ya que había nacido el 15 de mayo de 1947; que al momento de su deceso acreditaba 532.1429 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, las cuales fueron cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que el derecho reclamado se encontraba garantizado por el artículo 3 del Decreto 813 de 1994, el cual estableció prerrogativas para los afiliados.

Agregó que el ISS le negó la pensión de sobrevivientes bajo el argumento de que el causante no cotizó una sola

semana en los 3 años anteriores a su muerte, y en su lugar, le concedió la indemnización sustitutiva de pensión, decisión que no impugnó; que el fallecido acreditaba las semanas para acceder a la pensión de invalidez, que correspondían con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes; que su compañero permanente a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, acreditaba 532.1429, *«lo que da sobradamente el derecho conforme a la sentencia T- 8 de enero de 2006 Corte Constitucional»*, que agotó la vía gubernativa y que probó la calidad en que actúa que, además, no discute el ISS (folios 1 a 7).

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con el fallecimiento del señor Víctor Rafael de Alba Guete, la reclamación pensional y el rechazo del reconocimiento pensional; señaló que los demás no eran fundamentos fácticos sino apreciaciones subjetivas de la actora.

En su defensa propuso como excepciones, el cobro de lo no debido, la falta de causa para demandar; imposibilidad del ente de seguridad social de disponer del patrimonio de los administrados por fuera de los cánones legales; buena fe, prescripción, y la *«declaratoria de otras excepciones»* (folios 31 a 34).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Barranquilla, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 30 de junio de 2011, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante en calidad de compañera permanente, a partir del 6 de enero de 2007, en cuantía de un salario mínimo mensual vigente, en forma vitalicia y reajustada automáticamente conforme al incremento anual autorizado por el gobierno nacional, así mismo impuso el pago de los intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, autorizó al accionado a descontar el pago efectuado por indemnización sustitutiva. No se pronunció respecto de condena en costas (folios 66 a74).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante fallo del 23 de abril de 2012, revocó la sentencia apelada por el demandado y, en su lugar, absolvió al ISS de todas las pretensiones de la demanda, y gravó a la demandante con las costas en ambas instancias.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal recordó: **i)** que la finalidad de la pensión de sobrevivientes es proteger a las personas que dependían del afiliado o pensionado fallecido, que por su muerte ven

mermada su subsistencia; **ii)** que dicha prestación *puede reconocerse primero si el causante al momento del fallecimiento se encontraba pensionado por vejez, se realiza sustitución de tal prestación a los beneficiarios, haber dejado un derecho pensional por concepto de vejez consolidado (...)* o, tercero, que no habiéndose *causado el derecho a la pensión de vejez se cumplan con las semanas requeridas para acceder a la pensión de sobrevivientes.*»

A renglón seguido dio por demostrada la muerte del señor Víctor Rafael de Alba Guete y la condición de beneficiaria de la demandante en calidad de compañera permanente; por ello, centró la controversia en determinar la norma pertinente al caso concreto, y si respecto de aquella se cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, para ello con sustento en la Sentencia CSJ SL 32651, 6 feb.2009 señaló:

Es así que el punto de referencia para determinar la norma (sic) aplicar para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente es la fecha de la muerte del causante, salvo que el mismo haya dejada una situación pensional consolidada respecto de otra norma, es decir, cumpla con los requisitos de edad y tiempo para la adquisición de la pensión de vejez, si no se encontraba disfrutando de ella al momento del deceso.

Al examinar la situación pensional del finado VICTOR RAFAEL DE ALBA GUETE, se tiene (sic) el mismo nació el día 15 de mayo de 1947 (folio 26), que cotizó un total de 532,1429 entre el 10 de septiembre de 1976 y el 31 de octubre de 1988, sin que hubiese adquirido norma alguna (sic) al momento de su fallecimiento, por lo que se entiende no dejó causado ningún derecho.

Ahora, al tenerse que el señor VICTOR RAFAEL DE ALBA GUETE murió el 06 de marzo de 2007, la norma aplicable no es otra que la Ley 100 de 1993 con la modificación de la Ley 797 de 2003, (...).

En cuanto a los requisitos de la Ley 797 de 2003, el juzgador de segundo grado encontró que el fallecido no cotizó ninguna semana en los 3 años anteriores a su fallecimiento, por lo que dijo que no había lugar al reconocimiento de la pensión reclamada

En adición, el Tribunal, respecto de los principios constitucionales de condición más beneficiosa y de proporcionalidad contemplados en el artículo 53 de la constitución, indicó:

Es de precisar que a fin de dilucidar lo atinente a la pensión de sobreviviente reclamada, bajo el mismo hipotético caso de la procedencia del derecho a la pensión de sobreviviente, en los términos anteriormente expuestos, en este preciso caso, no habría lugar a la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa por cuanto las modificaciones Introducidas (sic) la ley 797 de 2003, resultan ser más ventajosas o benéficas, que lo establecido en la norma que la antecede, criterio que encuentra sustento en la Sentencia del veintiuno (21) de julio de dos mil diez (2010) dentro del radicado 41883 Magistrado Ponente Gustavo Gnecco Mendoza, la cual acoge plenamente la Sala para dilucidar este asunto.

Con base en ello revocó la sentencia de primer grado y en su lugar, absolvió al Instituto de Seguros Sociales de todas las pretensiones.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte actora, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente *«la Casación de la sentencia acusada, en cuanto a la revocatoria del fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla Sala Tercera de Decisión Laboral de Descongestión. En sede de instancia, solicito que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Descongestión Sala Decisión Tercera Laboral de Barranquilla, se deje en firme el fallo proferido por el Juzgado 10 Laboral Adjunto de Barranquilla y en su lugar se condene al INSTITUTO SEGUROS SOCIALES, a reconocer la pensión de sobrevivientes vitalicia a la demandante ELIA PADILLA CANTILLO, intereses o indexación, costas y agencias en derecho».*

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, los cuales serán analizados de manera conjunta dado que se dirigen por la misma vía y buscan el mismo propósito

VI. CARGO PRIMERO

Refiere que se violentó la ley, por vía directa, por la infracción directa *«en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que señala la condición más beneficiosa, además el artículo 6 y 25 del acuerdo 049 1.990, el Decreto 7598 (sic) 1.990 y el acuerdo 019 1983 I.S.S. y aplicación indebida de la Ley 860 /2003.- Estimo que los artículos violados lo son 48 y 53 de la Constitución Política (sic), y el Acuerdo 049 I.S.S. 1.990 artículos 6 y 25 Decreto 758 1.990.»*

Expone que la violación de la ley sustancial se da por cuanto se dejaron de aplicar principios constitucionales y legales, ya que el Tribunal debió optar por la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 del ISS y de los artículos 48 y 53 de la Constitución, por ser las normas más beneficiosas, teniendo en cuenta que, en su consideración *«al momento del fallecimiento del afiliado, ya tenía un derecho adquirido, por haber cotizado más de 532.1429 semanas que le daban el derecho a obtener la pensión, siendo la muerte un suceso imprevisto del cual el afiliado, como ningún ser humano podría sustraerse.»*

Señala que, por el contrario, el Tribunal aplicó la Ley 860 de 2003, que derogó la Ley 100 de 1993, disposiciones más gravosas y regresivas, y que dadas las circunstancias de vulnerabilidad de la demandante, el juzgador debió resolver desde una perspectiva que fuese favorable, de conformidad con los citados cánones. Así afirmó que:

La Constitución Política en su artículo 48 expresa que la Seguridad Social es un derecho de naturaleza irrenunciable, como manifestación concreta del estado social de derecho, tal derecho está constituido en varias expresiones entre las cuales se encuentra el derecho a la pensión en sus diferentes modalidades, Sentencia T-049 Corte Constitucional.

Este principio de reconocer la eficacia real de los derechos de la Seguridad Social en pensiones plantea la obligación para los operadores jurídicos, entre ellos los funcionarios que tramitan las solicitudes de pensiones en el I.S.S. de superar las simples normas reglamentarias para poner especial cuidado en los principios constitucionales, ponderar, reflexionar sobre los valores jurídicos y los derechos fundamentales constitucionales (T-715/2009 M.P. Alejandro Martínez Caballero), o sea que no solo deben tenerse en cuenta los reglamentos del ISS, sino que hay que aplicar de manera preferencia! la constitución, las leyes

de la república e interpretarlas respetando los principios y los valores, por consiguiente la reglamentación del ISS, carecen de motivación suficiente porque pasan por alto la Constitución Política y reiterados fallos de las altas Cortes que en muchos casos han inaplicado la norma que se aduce en este caso para negar la pensión reclamada, por ser totalmente regresivas.

Por último, afirma que el magistrado inaplicó principios jurisprudenciales que sirven de interpretación, como se ha dicho en diferentes fallos de tutela emitidos por la Corte Constitucional y esta Sala Laboral, para concluir que el Tribunal aplicó indebidamente la Ley 860 de 2003.

VII. CARGO SEGUNDO

Funda su acusación en que el juez plural, interpretó erróneamente en la jurisprudencia y la ley que «*aplica*» al caso, puesto que no escogió la normatividad precisa para el caso, que estaba dada por el artículo 53 y 58 de la Constitución política que contrae la condición más beneficiosa y se proyecta en pro de un régimen más favorable, en su lugar el Juez de Alzada de «*manera errónea interpreta bajo la perspectiva de la Ley 860 de 2003, cuando debió hacerlo bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990, artículos 6,25,27, Decreto 758 del mismo año*».

Considera la censura que «*Si, el Honorable Tribunal de la Sala Tercera de Decisión Laboral de Descongestión de Barranquilla, hubiera realizado un estudio más ponderado de las normas que rigen los principios de favorabilidad en pensiones, y lo regresivo de las normas que aplicó para*

negar los derechos de la recurrente, se hubiese concluido con la confirmación de la sentencia del a-quo».

VIII. CONSIDERACIONES

No obstante que el recurso no es un modelo a seguir, ya que presenta grandes deficiencias como atacar la aplicación de una norma, esto es la Ley 860 de 2003, que no fue utilizada por el Tribunal en su decisión o, formular el segundo cargo por interpretación errónea cuando su ataque evidencia un reparo por infracción directa, de la revisión conjunta de los cargos se entiende que lo que cuestiona realmente es que el Juez de Alzada no hubiera aplicado el principio de la condición más beneficiosa y, por ende, no hubiera aplicado el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Al estar dirigido el ataque por la vía directa, hay conformidad con los supuestos fácticos que encontró probados el Tribunal, según los cuales señor Víctor Rafael de Alba Guete falleció el 6 de enero de 2007 y cotizó 532.1429, semanas en toda su vida laboral, sin que ninguna de ellas hubiere operado en los 3 años anteriores a su deceso.

El fundamento del sentenciador de segundo grado para negar la prestación, se centró en que la norma aplicable al caso era la vigente a la fecha del óbito, esto es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y, además, en la imposibilidad de atender el principio de condición más

beneficiosa, bajo el amparo de la jurisprudencia decantada por esta Corporación.

Frente a la controversia cabe decir que, aunque la regla general es la de que la disposición aplicable es la que rige para la fecha de fallecimiento del causante, en determinados casos es posible acudir al precepto inmediatamente anterior, sin que sea procedente utilizar cualquier disposición previa, como sería el Acuerdo 049 de 1990, cuando la contingencia ocurrió en vigencia de la Ley 797 de 2003.

En efecto, el objeto de ampliar el espectro de protección de los ciudadanos y procurar el respeto por la situación de aquellos que comenzaron a cotizar en su vigencia y que vieron modificados los requerimientos normativos, sin que mediara un régimen de transición o cualquier otro tipo de normativa que paliara tales efectos, no puede permitir extrapolar la situación concreta a cualquier norma jurídica, pues ello no se acompasa con el sentido de la seguridad social, ni se aviene a las reglas básicas en las que se establece su modelo de gestión.

Por ello es que la Corte ha advertido que no es posible, entre otros, la utilización de dicho principio, con el objeto de acomodar irrestrictamente el caso concreto a la norma que mejor se avenga en cada caso particular, pues ese no es el propósito que se busca, sino por el contrario, el de permitir la extraordinaria aplicación, se insiste, de la disposición inmediatamente anterior.

Esta Sala de la Corte ya ha dilucidado el problema jurídico limitando la aplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa en el tiempo. En sentencia CSJ SL 17521-2016, se señaló:

Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. De ahí que, tal y como lo señaló el ad quem, la disposición que rige el asunto es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, cuyos requisitos no cumplió el causante dado que no cotizó 50 semanas durante los tres años anteriores al deceso.

Ahora, como la censura invoca el principio de la condición más beneficiosa a fin de que el asunto se resuelva bajo la égida del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, es preciso señalar que no es viable dar aplicación a la plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del de cuius o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro. Esa ha sido la postura de la Sala expuesta en recientes providencias, entre otras, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL15612-2016 y CSJ SL15617-2016.

En ese orden, no era procedente que el Tribunal considerara los requisitos para la pensión de sobrevivientes del Acuerdo 049 de 1990 como lo pretende la censura, ni siquiera bajo el argumento de acudir al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque su mandato parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo que no ocurre en el sub lite.

Por último, cabe destacar que el causante no cotizó el número mínimo de semanas requeridas en el régimen de prima media para causar la pensión de vejez. Por un lado, no tiene la densidad de 1.000 semanas exigida por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Por otro, a pesar de ser beneficiario del régimen de transición pensional, no acumuló el número mínimo de semanas prescritas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, ya que, dentro de los 20 años anteriores a su muerte tan solo aportó 382 semanas, y en toda su vida laboral cotizó un total de 753,57”.

Del mismo lado, esta Sala se ha inclinado por reglar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando la muerte del causante ha sucedido en vigencia de la Ley 797 de 2003 precisándose, en sentencia CSJ SL4650-2017, 25, que difirió los efectos de la Ley 797 de 2003, hasta el 29 de enero de 2006.

Entonces, como en el asunto bajo escrutinio el causante falleció el **06 de enero de 2007**, es decir, con posterioridad al 29 de enero de 2006, esto es, más allá de los 3 años siguientes a la expedición de la Ley 797 de 2003, la actora no es acreedor de la aplicación de la condición más beneficiosa por el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y la ya referida.

Precisado lo anterior, es claro insistir en que, en el asunto concreto el juzgador de alzada no se equivocó en cuanto a la norma aplicable al caso concreto.

Lo anterior es suficiente para que no prospere el ataque de la sentencia del Tribunal en la medida en que, **i)** no es posible acudir a cualquier disposición anterior que haya estado vigente para reconocer el derecho, menos tratándose de una aplicación plusultractiva de la ley **ii)** bajo la línea jurisprudencial de esta Sala, en tanto la fecha de fallecimiento del causante es posterior a la temporalidad establecida para la aplicación de la condición más beneficiosa.

Sin Costas en el recurso extraordinario como quiera que no hubo oposición.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 23 de abril de 2012 por la Sala de Decisión de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ELIA MARÍA PADILLA CANTILLO** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – hoy COLPENSIONES-**.

Costas como se dijo en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN