

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL037-2018

Radicación n.º 59197

Acta 02

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

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de marzo de 2012, en el proceso que **DORA ISABEL RODRÍGUEZ VARGAS** en nombre propio y en representación de sus hijos **DIDIEER SNAYDER COMAS RODRÍGUEZ** y **LEIDY VANESSA COMAS RODRÍGUEZ**, le adelanta al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

La parte actora promovió demanda ordinaria laboral de primera instancia contra el Instituto de Seguros Sociales con el propósito de que sea condenado al reconocimiento y

pago de la pensión de sobrevivientes desde el momento en que ocurrió el fallecimiento de Cipriano José Comas Menco, el día 11 de junio de 2005, y en consecuencia al pago de los intereses moratorios, las mesadas debidamente indexadas y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones refirió que era compañera permanente del señor Cipriano José Comas Menco, con quien convivió de manera ininterrumpida *«por espacio de 20 años hasta la fecha de su deceso»*; que el causante cotizó un total de 591 semanas al ISS, de las cuales 573 corresponden a aportes efectuados antes del 1 de abril de 1994; que solicitó al Instituto demandado el reconocimiento de la prestación perseguida, petición que fue negada mediante resolución 006977 del veintiocho de julio de 2006 y en su lugar se concedió la indemnización sustitutiva.

El Instituto accionado dentro del término legal contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, proponiendo las pretensiones de *«inexistencia de la obligación»*, *«cobro de lo no debido»* y prescripción; como fundamento de los anteriores arguyó que al momento del deceso del causante, se encontraba vigente la ley 797 de 2003 y que de acuerdo a la misma no se cumplió con el requisito de fidelidad al sistema, pues solo acreditó 9 semanas dentro de los tres años anteriores.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral adjunto del Circuito de Bucaramanga, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 25 de julio de 2011, condenó al accionado al pago de la pensión de sobrevivientes equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, debidamente indexada, en un 50% para la cónyuge y 25% para cada uno de los dos hijos menores a partir del 11 de junio de 2005.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte demandada, la Sala Primera Dual de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la sentencia recurrida en casación, revocó la decisión del juez de primera instancia, y en su lugar absolvió a la demandada de todas las pretensiones(fl. 206 a 219, del cuaderno principal).

El Tribunal indicó que la norma aplicable al caso en concreto era la ley 797 de 2003, pues era la norma vigente al momento del deceso del causante, afirmando:

*[...] Probados como se encuentran los enunciados facticos anteriores, desde ya advierte la Sala que habrá de desestimarse las pretensiones incoadas en el libelo introductor en la medida, dado que se debe dejar claro que, cuando nos encontremos frente a una pensión de sobrevivencia, como es el caso bajo examen, será aplicable la normatividad que se encontraba vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado, que para el presente asunto es la Ley 797 de 2003, la cual entró a regir el 29 de enero de 2003, como quiera que era la legislación vigente al año 2005 (fecha de fallecimiento del señor **CIPRIANO JOSE**), aunado lo anterior, el reconocimiento de la condición más beneficiosa solicitada por el representante judicial de la parte actora y reconocida por el Aquo no tiene asidero jurídico, ni*

factico, como quiera que el legislador no previo en la citada normatividad un régimen aplicable de transición, en relación a esta prestación económica, pues este principio solo tiene cabida sobre los afiliados que hubieran cotizado una densidad de semanas, para acceder a la pensión de sobreviviente exigidas pero dentro del régimen anterior a la Ley 100 de 1993 y sumado a lo anterior que el afiliado o pensionado haya fallecido en vigencia de la citada norma, sin lograr acreditar las semanas requeridas en esta [...]

De lo anotado en precedencia, fácil resulta concluir, que siendo la Ley 797 de 2003, la norma vigente para el momento del fallecimiento del señor CIPRIANO JOSE COMAS MENCO, la compañera permanente, ni los hijos del afiliado tienen derecho a la pensión pretendida, en la medida en que el causante no configuro el derecho reclamado al momento de su deceso, por no haber cumplido con el número de semanas cotizadas, necesario para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, esto es, 50 semanas dentro de los 3 últimos años anteriores a su deceso, como quiera que pese a que el causante cotizó 590.99 semanas en toda su vida laboral, tan solo dentro del periodo comprendido entre el 11 de junio de 2005 (fecha de fallecimiento= al 11 de junio de 2002, cotizó 9.27 semanas.

Aunado a lo anterior, citó de manera extensa la sentencia del 11 de febrero de 2009, radicado 35080, para indicar que no era aplicable tal principio en el caso en cuestión.

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 el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, se

confirme la decisión del *a quo* que accedió a las pretensiones incoadas en la demanda.

Con tal propósito, formula dos cargos por la causal primera de casación, que fueron objeto de réplica dentro del término legal y que se proceden a resolver en forma conjunta, por cuanto se valen de similar argumentación, y buscan igual propósito, como es demostrar que debe aplicarse el principio de condición más beneficiosa al caso en concreto, y con ello determinar que se cumplió con el requisito de fidelidad al sistema.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de *«violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida que condujo a inaplicar norma sustantiva que consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios cuando quiera que se cumplan los requisitos previstos para el ISS bajo el régimen vigente con anterioridad a la ley 100 de 1993»*, de igual manera señala como normas infringidas los artículos 48 y 53 de la constitución Política, el inciso 4 del artículo 48 de la ley 100 de 1993 y el artículo 25 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año.

En sustento de su acusación, indica que si bien la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que no es posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa *«ello se justificaba antes de retiro del ordenamiento jurídico de los*

literales a) y b) numeral 2º artículo 12 de la Ley 797 de 2003».

Agregó que al momento del fallecimiento del señor Comas Menco, este había cotizado al sistema 591 semanas, de las cuales 573 corresponden a aportes realizados antes del 1 de abril de 1994, razón por la cual debía aplicarse el régimen anterior a la ley 100 de 1993.

Adiciona, que pese a que las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, no establecieron un régimen de transición en cuanto a la pensión de sobrevivientes *«no es menos cierto que para la fecha de entrada en vigencia de las mismas, el causante ya había cumplido el requisito que exigía la norma anterior para que sus supérstites se hicieran acreedores de la pensión de sobrevivientes»*, pues el asegurado había pagado en su integridad el seguro que cubría la contingencia reseñada.

Señala que se contaba con un derecho adquirido, más no con una mera expectativa, pues: *“El amparo de una contingencia no pude (sic) ser desconocido con posterioridad; si un afiliado se le exige cotizar 300 semanas para protegerse del riesgo de invalidez y efectivamente las cotiza, debe tener la garantía y seguridad jurídica de la protección que le brinda el régimen”*.

Lo expresado anteriormente demuestra los yerros en los que incurrió el Tribunal al dejar de aplicar el artículo 48 inciso 4 de la ley 100 de 1993 que condujo a inaplicar igualmente los artículos 25 y 6 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

VII. SEGUNDO CARGO.

Acusa la sentencia de *«violación directa de la ley por interpretación errónea de normas sustanciales que condujo a la falta de aplicación de las normas llamadas a regular la situación al amparo del principio de favorabilidad y condición más beneficiosa»*.

Señaló que se trasgredieron las mismas disposiciones relatadas en el cargo anterior, teniendo como *«normas infringidas»*, los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de 1991, el inciso 4 del artículo 48 de la ley 100 de 1993 y el artículo 25 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año.

Agregó que los principios no pueden ser trasgredidos por una norma sustancial, y realizó un análisis de los fundamentos de la sentencia C-556 de 2009, que declaró la inexecutable de algunos apartes de la Ley 797 de 2003, resaltando que el cambio o variación de los requisitos por la Ley 100 de 1993 o la Ley 797 de 2003, esta última determinada en la sentencia reseñada, que hicieron más expedito o menos exigentes las condiciones para la pensión de sobrevivientes, no puede desconocer las cotizaciones efectuadas antes del 1º de abril de 1994, ni omitir que bajo el imperio de la normativa vigente con anterioridad, ya se habían pagado las cotizaciones necesarias para que en cualquier momento, de presentarse el evento o siniestro del afiliado o asegurado, la familia pudiera acceder a la pensión de sobrevivientes.

VIII. LA RÉPLICA

La parte demandada se opone a la prosperidad de los cargos, en primer lugar indicando, que independientemente a los términos alegados por el recurrente, la decisión cuestionada, se encuentra acorde al criterio jurisprudencial de esta Sala, por ello solicita reiterar dicha línea de pensamiento.

En igual sentido, señaló que en aplicación del artículo 16 del CST, las normas laborales rigen desde su expedición, por ello debe aplicarse la ley vigente al momento del deceso, esto es la ley 797 de 2003, de modo que el Tribunal no aplicó indebidamente, ni interpretó erróneamente dicho precepto, así mismo no puede haber falta de aplicación del artículo 6 y 25 del acuerdo 049 de 1990, pues el mismo fue citado por el *ad quem*.

De otro lado, frente a las normas constitucionales señaladas por el recurrente, reseñó que las mismas no son objeto de reproche, por cuanto contienen disposiciones de carácter general que necesitan ser desarrolladas por leyes, de modo que se trasgreden es a través de las normas que las desarrollan.

Por ultimo, citó de manera extensiva la sentencia C-168 de 1995, con el fin de demostrar que el principio de progresividad no puede afectar el de sostenibilidad financiera del sistema.

IX. CONSIDERACIONES

Dada la senda escogida por el recurrente en las dos acusaciones, quedan incólumes los siguientes supuestos facticos establecidos en su decisión por el juez de segundo grado: i) Que la actora, en su calidad de compañera permanente y en representación de sus dos menores hijos, reclama la pensión de sobrevivientes de Cipriano José Comas Menco quien falleció el día 11 de junio de 2005, (ii) que el asegurado había cotizado un total de 591 semanas al ISS, de las cuales 573 corresponden a aportes efectuados antes del 1 de abril de 1994, (iii) que en los tres años anteriores a su fallecimiento acreditó haber cotizado 9,28 semanas siendo la fecha de su última cotización el 30 de marzo de 2004.

El Tribunal para negar el derecho a la pensión consideró, que el causante no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por cuanto no acreditaba la densidad de semanas que exigía la L. 797/03, en cuya vigencia falleció, siendo esta la llamada a tener en cuenta; de igual forma sostuvo, que conforme a la jurisprudencia de esta Sala, no era dable aplicar en este caso el principio de condición más beneficiosa.

Por su parte, el recurrente en su criterio, considera que debió acudirse al Acuerdo 049/90, en sus artículos 6 y 25, aprobado por el D. 758/90, disposiciones que son las

que acusa en los cargos por falta de aplicación o interpretación erróneamente, aduciendo para ello que el actor había cotizado más de 300 semanas al ISS con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pretendiendo la aplicación de la condición más beneficiosa, pero basada en el Acuerdo 049/90.

Como a este puntual aspecto dirigió las acusaciones el recurrente, a ello limitará la Sala su estudio, dado el carácter rogado y dispositivo del recurso extraordinario de casación, que traza la competencia de la Corte.

Pues bien, planteadas así las cosas, lo primero que hay que decir, es que el Tribunal acertó en cuanto a que por regla general, la norma aplicable es aquella que se encuentre vigente al momento en que ocurrió el deceso del causante. Como en el presente asunto tal suceso acaeció el 11 de junio de 2005, la disposición que en principio gobierna la situación pensional del demandante es el artículo 12 de la L. 797/03, que modificó el artículo 46 de L. 100/1993.

Como dentro de los requisitos que exige tal normativa, se encuentra el haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, y siendo un hecho indiscutido que el causante no reúne esa densidad de semanas, pues en ese lapso del 11 de junio de 2002 al 11 de junio de 2005, tan solo acreditó haber cotizado 9,28 de

semanas, fácilmente se infiere que bajo esta nueva preceptiva no tiene derecho a la pensión deprecada.

No sobra agregar que, tampoco se acredita que el causante hubiese reunido el requisito de densidad de semanas que exige el parágrafo del artículo 12 de la L. 797/03, que prevé, la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes, cuando el *«afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento»*, para acceder a la pensión de vejez, y que siendo beneficiario del régimen de transición establecido en la L. 100/93, acreditara las 500 semanas en los 20 años anteriores a su deceso, conforme al A. 049/90, puesto que, efectuados los cálculos con base en la historia laboral que milita a folios 88 a 96 del cuaderno del juzgado, se pudo constatar que solo tiene 294,85 semanas en ese periodo.

Tal y como se indicó anteriormente, la decisión adoptada por el juez colegiado no se muestra equivocada, toda vez que está acorde con la reiterada jurisprudencia de la Sala en cuanto a que, la norma que gobierna y debe tenerse en cuenta para efectos de otorgar o no la pensión de sobrevivientes, es la que se encuentre vigente para cuando se estructure dicho estado.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa que reclama la censura, solicitando se tenga en cuenta para efectos del reconocimiento de la aludida pretación, los artículo 6 y 25 del A. 049/90, debe resaltarse que, tal disposición fue

derogada en virtud de los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, los cuales a su vez fueron modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, luego entonces, la situación descrita no podría regularse por tal postulado, pues este solo permite aplicar la norma inmediatamente anterior a la vigente en el momento del suceso, siempre y cuando no se haya previsto un régimen de transición, pues no puede el juez hacer un recuento histórico de las leyes que rigen tal prestación para determinar cuál es la norma más favorable al trabajador.

En punto del debate suscitado, resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento que recientemente hizo la Sala, en sentencia CSJ SL21546-2017, Rad. 44881, que puntualizó:

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 deceso del afiliado o pensionado (sentencia CSJ SL 8295-2017, entre otras); por lo tanto, tal y como lo señaló el ad quem, la disposición que rige el asunto es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. No obstante, como excepción a esa regla general, se ha aceptado la aplicación ultractiva de normas anteriores derogadas en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

En este asunto, la censura invoca el principio de la condición más beneficiosa a fin de que la situación se resuelva bajo el abrigo del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Sin embargo, de acudir a dicho principio, esta norma no tiene cabida, por no corresponder a la norma inmediatamente anterior, pues no es viable hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del de cujus 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. Así lo ha señalado la Sala en recientes providencias, entre otras, en la CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016 y CSJ SL15960-2016.

Ahora bien, es preciso indicar que el régimen anterior a la Ley 797 de 2003 es la Ley 100 de 1993, pues así lo ha entendido esta Corporación, al señalar que no puede el juez desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación más allá de dicha ley (sentencia CSJ SL, 9 dic 2008, Rad. 32642, y demás).

En este orden de ideas, para la Sala resulta claro que el Tribunal no incurrió en los dislates que le enrostra el recurrente, al considerar que en el presente caso no era aplicable el A. 049/90, lo que tiene su razón de ser, por cuanto no es viable dar aplicación a la plus ultractividad de la ley, es decir, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del demandante 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. Dicho criterio ha sido expuesto, entre otras, en la sentencias CSJ SL17768-2016, CSJ SL1090-2017, CSJ SL2147-2017 y CSJ SL20783-2017.

Así las cosas, se concluye entonces que, no se logró desvirtuar la presunción de acierto y legalidad de la cual está revestida la sentencia, por lo tanto, los cargos no prosperan.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del recurrente. Como agencias en derecho se fijan en la suma de tres millones setecientos cincuenta mil pesos (\$3.750.000,00) M/cte., las cuales se incluirán en la liquidación que para tal efecto practique el juez de primera instancia, conforme al artículo 366 del CGP.

X. 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 proferida 30 de marzo de 2012, por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que **DORA ISABEL RODRÍGUEZ VARGAS** en nombre propio y en representación de sus hijos **DIDIEER SNAYDER COMAS RODRÍGUEZ** y **LEIDY VANESSA COMAS RODRÍGUEZ**, adelanta contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifiquese, 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