



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1



ERNESTO FORERO VARGAS

Magistrado ponente

SL1334-2019

Radicación n.º 62132

Acta 12

Bogotá, D. C., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **DIDALBA DE JESÚS BUILES VARGAS** en nombre propio, y en representación de su menor hijo **SANTIAGO PATIÑO BUILES**, contra la sentencia proferida por la Sala Quinta de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 31 de enero de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró la recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Didalba de Jesús Builes Vargas, en nombre propio y en representación de Santiago Patiño Builes llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, con el fin de que se declare que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente y padre, Elkin de Jesús Patiño Mejía, bajo lo preceptuado por el Decreto 758 de 1990, en virtud de la aplicación de la condición más beneficiosa; solicitó que, se condene al seguro a reconocer y pagar la prestación mencionada, a partir del 4 de septiembre de 2007, incluyendo las mesadas adicionales y los incrementos anuales conforme al índice porcentual del IPC para cada año; el pago de los intereses moratorios estipulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y a las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que convivió con el causante durante más de 20 años hasta la fecha en que él falleció, esto es, el 4 de septiembre de 2007; que, como producto de dicha unión marital, procrearon a Santiago Patiño Builes, quien nació el 19 de febrero de 1990.

Indicó que el señor Patiño Mejía cotizó más de 300 semanas en vigencia del Decreto 758 de 1990, es decir antes de que empezara a regir la Ley 100 de 1990; por último, contó que presentó solicitud de pensión de sobrevivientes ante el Instituto de Seguros Sociales «*el 3 de abril de 2007 (sic)*», sin que hubiera recibido respuesta.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, expresó, que no le constaba ninguno.

Señaló como sustento de su defensa que la pretensión deprecada no se puede resolver en los términos de la Ley 100 de 1993, de una parte, porque este estatuto no consagra el régimen de transición en lo que corresponde a la pensión de sobrevivencia, y que, además, se afectaría el orden presupuestal toda vez que se ha previsto que este régimen amplíe progresivamente su cobertura según lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 48 de la CN.

De otra parte, consideró que la Ley 797 de 2003, tampoco prevé una transición para esta prestación, por tanto, se debe estudiar de conformidad a la ley que se encuentre vigente al momento en que ocurre el fallecimiento del asegurado.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación por ausencia de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, inaplicabilidad de la norma invocada, petición de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas y cualquier otra que resultara probada al interior del proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 19 de noviembre de 2010, absolvió al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, de todas las pretensiones incoadas por la señora Didalba de Jesús Builes Vargas, en su nombre y en el de su hijo Santiago Patiño Builes, y declaró próspera la excepción de inexistencia de la obligación por ausencia de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; condenó en costas a la actora; indicó que las demás excepciones propuestas por la entidad demandada estaban resueltas implícitamente al no prosperar las peticiones pedidas por la demandante y ordenó que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en caso de que no se presentara apelación.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Quinta de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo del 31 de enero de 2013, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, confirmó la sentencia proferida por el *a quo* e impuso costas de esta instancia a cargo de la misma.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal circunscribió el problema jurídico a determinar si le asistía derecho a la señora Builes Vargas y a su hijo Santiago Patiño Builes, al reconocimiento y pago, por parte del ISS, de la

pensión de sobrevivientes causada por la muerte de su compañero permanente y padre, Elkin de Jesús Patiño García.

Recordó que la juez de primera instancia negó las súplicas de la demanda, porque encontró que el causante no cumplió los requisitos exigidos para dejar causado el derecho a la pensión pretendida de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y que tampoco era posible la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Seguidamente revisó la prueba obrante en el plenario, y precisó que se desprendía que Santiago Patiño Builes era hijo del de *cujus* y de la señora Didalba de Jesús Builes, quien nació el 19 de febrero de 1990; que el señor Elkin Patiño Mejía estuvo afiliado al ISS y cotizó para los riesgos de IVM; que el fallecimiento se verificó el 4 de septiembre de 2007 y que, en virtud de éste, la demandante y su hijo se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes.

Puntualizó que *«lo indicado en relación con el parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, en ningún momento fue discutido dentro del proceso»* y, por ende, hacerlo en esa oportunidad atentaría contra el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del CPC, aplicable por analogía, al procedimiento laboral; para sustentar lo anterior citó un aparte de la sentencia CSJ SL, 4 jul. 2012, rad. 43444 y

añadió que, si en gracia de discusión, se atendiera la súplica de la actora, *«en la cual da a entender que lo que pretendía era la aplicación del parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003»*, llegaría a la misma conclusión de que no se encontraba inmersa en el régimen de transición, por lo que sería improcedente el análisis concerniente a si cumplía la densidad de semanas cotizadas requeridas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758, teniendo en cuenta que el causante nació el 15 de marzo de 1963 y que no contaba con más de 15 años de cotización para la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, pues así lo coligió de la historia laboral.

Dicho lo anterior, advirtió que concordaba con la decisión adoptada por el juez unipersonal, en el sentido de que no era posible la aplicación del principio mencionado para examinar la situación pensional que se discute en el *sub judice*, y al respecto reprodujo un fragmento de la sentencia CSJ SL, 9 jul. 2008, rad. 30581 que trata el tema de la aplicación de la condición más beneficiosa cuando se ha presentado un cambio en el tránsito legislativo.

Posteriormente señaló lo que sigue:

Ahora, la aplicación del citado principio resulta totalmente válida, tratándose del tránsito legislativo que se introdujo en la Ley 100 de 1993 en forma primigenia, por ello respecto de una pensión de sobrevivientes causada en vigencia de esa normativa, se ha considerado la aplicación de las normas anteriores, para el caso, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo

año, lo que consulta los principios de equidad y proporcionalidad, en la medida en que la legislación nueva traía una exigencia menor en número de cotizaciones respecto de la legislación anterior; sin que resulte factible en vigencia de la Ley 797 de 2003, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, dar aplicación a la preceptiva del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues aquel debe operar respecto de la ley anterior a la que está vigente, porque no puede decirse que la aplicación del citado principio es ilimitada, y en consecuencia, frente a la situación fáctica, pueda buscarse de toda la normatividad anterior, cuál sería la más favorable, por lo que no es factible tampoco aplicar en estas condiciones el principio de favorabilidad.

Sobre el tema, transcribió un aparte de la providencia CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 38371; y destacó que la legislación sustancial de la materia que se ha tratado tiene carácter de orden público, por tanto, rige las circunstancias que se presentan a partir de su vigencia.

En seguida, hizo un recuento de las disposiciones legales que han gobernado la pensión de sobrevivientes, como son, el Acuerdo 049 de 1990, la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y recordó que el causante falleció en vigencia de ésta última, por lo que es la aplicable para este caso; por último, destacó que invocar la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, no resulta jurídicamente posible, toda vez que la misma fue derogada desde la implementación del sistema general de seguridad social, pues significaría ignorar las distintas reformas pensionales que se han presentado en el país, *«para encontrar la que más se acomode según las circunstancias»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la 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 la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la sentencia de primer grado y en su lugar reconozca los derechos pretendidos en la demanda inicial, incluyendo lo referente a las costas.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, frente al cual se presenta réplica.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada de violar la ley sustancial por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Refiere que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín interpretó el párrafo de la norma mencionada en el sentido de que la misma exige que el afiliado haya cotizado el número de semanas que el régimen pensional le exige para adquirir la pensión de vejez.

De tal forma que para el *ad quem*, al no contar el causante con 40 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no tenía derecho al régimen de transición y por lo tanto, para efectos de la pensión de sobrevivientes

según el párrafo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 no basta, con contar con 500 semanas cotizadas.

Destaca que el párrafo en mención señala *«haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su reconocimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldo»* y en los términos de esa redacción dice que la norma no exige que el afiliado tenga causada la pensión de vejez sino el *«número mínimo de semanas que exige el régimen de prima media en la fecha de fallecimiento del asegurado»*.

A continuación, refiere que el régimen de prima media conformado por el régimen de transición y el régimen general, señala que el número de semanas mínimas exigidas en el año 2007 cuando falleció el asegurado, *«es de 500 semanas»* por tanto, colige que la norma no debe ser interpretada como lo hizo el Tribunal *«al verificar si el causante se beneficiaba del régimen de transición o no, para posteriormente verificar si cumple el número de semanas que le eran exigibles para pensión de vejez, pues no se trata de una sustitución pensional ni de que la muerte habilite la edad»*.

De otra parte, indica que el párrafo consagró en su redacción la situación transitoria que ha tenido el sistema de pensiones en los últimos años *«en donde existen diversos regímenes de pensión de vejez subsistentes todos como parte integrante del régimen de prima media con prestación definida, siendo una situación que terminará en el año 2014»*.

La normativa violada por la Sala laboral de Tribunal Superior de Medellín solo exige el «número mínimo de semanas que exija el régimen de prima media» y este a su vez se encuentra conformado *«por el régimen general de pensiones y el régimen de transición, siendo el menor número de semanas exigidas las que se requieren por régimen de transición en el Decreto 758 de 1990, es decir 500 semanas»*, motivo por el que colige que es suficiente acreditar este último número de semanas cotizadas porque es el mínimo exigido por la ley en el régimen general de pensiones.

Bajo esta comprensión afirma que la redacción de la norma no corresponde con la exigencia de que el afiliado tenga causado el requisito de la pensión de vejez para generar la pensión de sobrevivientes, o *«como bajo otra disposición normativa se consideró que la muerte habilitaba la edad de pensión»*.

Finalmente destaca que

*[...] de no darse este entendido a la ley no tiene razón de ser jurídica que el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 en el párrafo condicionara la pensión a que el afiliado no hubiera reclamado la **indemnización sustitutiva de pensión de vejez**».*

Adoptando la interpretación dada a la norma por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, como podría contemplar la norma que el asegurado hubiera reclamado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez cuando tiene las semanas que en su caso le exige la ley para la pensión de vejez y en el evento de no tener la edad no es posible contemplar la opción de reclamar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Esta incoherencia normativa no tiene razón de ser en la medida que el párrafo solo exige que el asegurado tenga cotizado el número mínimo de semanas que exige el régimen de prima media.

La pensión de sobrevivientes ha tenido siempre en la evolución normativa la característica de exigir el mismo número de semanas para todos los asegurados.

Y concluye que el señor Elkin de Jesús Patiño Mejía contaba con más de 500 semanas cotizadas al sistema de pensiones, en consecuencia, cumple el número mínimo de semanas que exigía en el año 2007 el régimen de prima media con prestación definida.

VII. RÉPLICA

Frente a la acusación planteada por interpretar erróneamente el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, la oposición dice que es desatinada, porque el *ad quem* se ocupó precisamente de analizar y concluir correctamente la norma enlistada, lo que no significa que el señor Elkin De Jesús Patiño «Builes», compañero permanente de la actora, reuniera los requisitos legales para dejar causado el derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes que se reclama, por tal motivo, no se puede predicar que la norma fuera erradamente interpretada.

Además, indica que la sentencia acusada aplicó la norma referida en razón a que consideró que este estatuto era el que debía orientar la controversia, en atención a que la fecha del fallecimiento del señor Elkin De Jesús Patiño «Builes», fue el 4 de septiembre de 2007.

En relación a la solicitud en la demanda inicial de conceder la pensión deprecada bajo la normativa del régimen anterior, señalando concretamente Decreto 758 de 1990, señala que previamente debe revisarse si se cumplían los requisitos establecidos en este estatuto, y al efecto, el Tribunal expresó en su sentencia que, tomando la fecha del fallecimiento del asegurado (4 de septiembre de 2007), este decreto no era el aplicable como norma anterior, porque la que le antecedió a la fecha de la muerte del causante, era la Ley 100 de 1993; además, al momento de entrar en vigencia la citada ley, el asegurado no tenía 40 años de edad, ni 15 años de cotizaciones, requisitos estos sin los cuales no puede reclamarse el régimen de transición, y los que el *de cuius* no acreditó en el proceso, como lo definió el fallador de segundo grado.

Por lo anterior afirmó que el fallador de alzada no erró en la aplicación de la normativa acusada y tampoco en su interpretación que hizo, pues su examen coincide con el real alcance de las mismas, la que además se verificó en referencia a la jurisprudencia vigente.

VIII. CONSIDERACIONES

El Tribunal fundamentó su decisión en que la pensión de sobrevivientes suplicada, se consolidó en vigencia de la Ley 797 de 2003, por tal motivo, al dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, solo se podía revisar esta prestación bajo lo reglado por la Ley 100 de 1993, debido a que era el estatuto que le antecedió y en esos términos

consideró que la aspiración de la demandante no tenía vocación de prosperidad, en razón a que su pretensión era que se examinara bajo la lupa del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Definido el anterior tema, el *ad quem* expresó que el causante no era beneficiario del régimen de transición, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 40 años, ni había hecho aportes por 15 años según el material probatorio que revisó, y en esos términos aplicó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y al amparo de esta normatividad no cumplía con la densidad de semanas de cotización.

La censura radica su inconformidad en que el Tribunal erró en la interpretación que hizo al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por cuanto en su sentencia hace exigencias que la norma no contiene, ignorando que el precepto no exige un determinado número de semanas de cotización, sino un mínimo a la fecha del fallecimiento del causante y frente al régimen de prima media.

El problema jurídico puesto a consideración de la Sala, consiste en determinar si el Tribunal erró por no haber aplicado la condición más beneficiosa respecto a la acreencia deprecada, y en su lugar considerar que el estatuto que gobierna el caso, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. En el

mismo sentido, examinar si es el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el que debe aplicarse y de ser así, adentrarse en el estudio de las súplicas de la demanda.

Debido a que la senda escogida por la casacionista es la directa, se precisan los siguientes supuestos fácticos que no son objeto de discusión y que fueron establecidos por el Tribunal: *i)* Que Santiago Patiño Builes, nació el 19 de febrero de 1990, y es hijo del señor Elkin De Jesús Patiño Mejía y la señora Didalba de Jesús Builes; *ii)* que el señor Elkin De Jesús Patiño Mejía nació el 15 de marzo de 1963; *iii)* que estuvo afiliado al ISS y cotizó para los riesgos de IVM; *iv)* que falleció el 4 de septiembre de 2007; *v)* que se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes la demandante y su menor hijo; *vi)* que el causante cotizó un total de 636.86 semanas entre el 25 de marzo de 1983 y el 31 de mayo de 2005 (f.º 47).

El asunto sometido a consideración en esta oportunidad ha sido suficientemente estudiado por la Sala, respecto al cual considera que cuando el deceso ocurre en vigencia de la Ley 797 de 2003, no es viable acudir a la aplicación de los artículos del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, como quiera que la regla general adoptada jurisprudencialmente radica en que la normatividad aplicable en tratándose de pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, pero excepcionalmente y empleando el referido principio, se puede acudir al régimen

inmediatamente anterior, sin que le sea dado a los jueces hacer un ejercicio histórico sobre toda la normatividad que regula la prestación. Al respecto, se trae a colación la sentencia CSJ SL17134-2015, que reza lo siguiente:

Siendo ello así, elucidar la controversia propuesta por la parte recurrente contra el fallo del Tribunal que, en síntesis, señaló que no había lugar a la pensión de sobrevivientes reclamada, habida consideración de que el causante no había reunido el número de semanas de cotización exigidas en el trienio anterior a la fecha de su deceso por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003; como tampoco procedía en ese caso acudir a otras normativas con base en el principio de la condición más beneficiosa por contar con más de 300 semanas de cotización por no darse sus exigencias, impone recordar que la regla general adoptada por la jurisprudencia es la de que la contingencia laboral está cobijada por la norma de seguridad social de la prestación pensional correspondiente, vigente al momento de su ocurrencia, esto es, para la pensión de sobrevivientes, la vigente a la fecha de la muerte del causante.

En sentencia, SL7358-2014, del 11 de jun. de 2014 rad. 46780, así lo recordó la Corte:

“Precisada la anterior situación fáctica, estima la Corte que tal como lo tiene señalado la jurisprudencia de esta Sala, la regla general es que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. (CSJ SL 10 Jun 2009, Rad. 36135; 1º Feb 2011, Rad. 42828; 23 Mar 2011, Rad. 39887; y 3 de May 2011, Rad. 37799, entre otras)”.

En segundo lugar, que frente a ciertas circunstancias, y acudiendo para ello a una especie de fenómeno de ultractividad de la ley sustancial en el tiempo, la Corte ha acuñado la teoría del llamado ‘principio de la condición más beneficiosa’, el cual permite, básicamente, la posibilidad de resolver el caso con la norma inmediatamente anterior a la de la vigencia de la contingencia, cuando quiera que el causante, para ese anterior momento, cumplía todas las exigencias y requisitos en ella previstos salvo, obviamente, el de lo ocurrencia del infortunio que con la prestación se mitiga, de manera que, si éste hubiere ocurrido en esa oportunidad, los llamados beneficiarios de la prestación pensional estarían en condición de reclamar válidamente el derecho, pero para el nuevo momento, el inmediatamente siguiente, es decir, bajo la nueva norma, se modifica su condición por el legislador, agravándose su situación particular, de modo que, antes las nuevas exigencias de la norma vigente quedan imposibilitados para acceder al derecho ahora que la contingencia sí se produce.

De esa forma fácil es ver que de haberse producido la contingencia en vigencia de la normativa inmediatamente anterior la condición jurídica de quienes aspiran a la prestación resulta más beneficiosa a la que, por el aludido tránsito normativo, se presenta cuando ésta realmente se produce, caso en el cual ha de preferirse la primera.

[...]

“1º) Como es sabido, el denominado “principio de la condición más beneficiosa” opera precisamente en aquellos eventos en que el legislador no consagra un régimen de transición, porque de hacerlo no existiría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado que el mencionado régimen mantiene, total o parcialmente, los requisitos más favorables contenidos en la ley antigua.

[...]

“Bajo las anteriores perspectivas, el “principio de la condición más beneficiosa”, tiene adoctrinado la Sala por línea general, entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificar el régimen pensional al cual estuvieran adscritos, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido en sentido riguroso, se ubican en una posición intermedia, habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbi gratia, haber cumplido íntegramente con la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada para obtener una prestación de índole pensional. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente para el momento en que reunieron la densidad exigida para obtener la prestación. En ese horizonte, ha enseñado esta Corporación que, tratándose de derechos que no se consolidan por un solo acto sino que suponen una situación que se integra mediante hechos sucesivos, hay lugar al derecho eventual, que no es definitivo o adquirido mientras no se cumpla la última condición, pero que sí implica una situación concreta protegida por la ley, tanto en lo atinente al acreedor como al deudor, por lo que supera la mera o simple expectativa. Estas son las llamadas por la doctrina constitucional “expectativas legítimas”.

[...]

Importante resulta subrayar que el mentado principio, al convocar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso, impide hacer un rastreo histórico en búsqueda de normas pretéritas que hipotéticamente hubieran podido igualmente regular tal situación hasta encontrar la que mejor se acomode a los intereses particulares del actor, pues ese fenómeno ultractivo no es posible predicarlo sino de la norma inmediatamente anterior, dado que se parte de que bajo su vigencia quedaron derogadas todas las demás que le precedieron.

De modo que, en virtud del invocado principio jurisprudencial de la condición más beneficiosa, que se ha entendido por la jurisprudencia deriva de la interpretación del artículo 53 constitucional [La ley, los contratos (...), no pueden menoscabar la libertad (...), ni los derechos de los trabajadores], para los beneficiarios de quienes hubieren fallecido en vigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 29 de enero de 2003 --que entró a regir a partir de su promulgación--, y hubieren cotizado a la entidad de seguridad social demandada, se les aplicará por el mentado principio, si es que su condición particular resulta ser ante ella más beneficiosa, la normativa del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, la cual preveía:

[...]

Con miras a dejar claro que no es posible acudir a preceptivas distintas a la antedicha en situaciones que comportan el fallecimiento del causante en vigencia de la Ley 797 de 2003 por vía del principio de la condición más beneficiosa, la Corte, vale la pena traer a colación lo apuntado por la Corte en idéntico sentido en sentencia SL10556-2015, de 11 de agosto de 2015, rad. 44459, en los siguientes términos:

“En torno al tema tratado en los cargos, esta Sala de la Corte tiene adoctrinado que, por regla general, la norma llamada a regular la pensión de sobrevivientes es aquella vigente para la fecha en la cual deviene el fallecimiento del pensionado o afiliado, pues no fue intención del legislador establecer regímenes de transición para esta clase de prestaciones. Por ello, en este caso, como lo dedujo el Tribunal, la norma aplicable era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

[...]

Siendo, entonces, que la norma que gobierna la prestación de sobrevivencia para quienes hubieren fallecido en vigencia de la Ley 797 de 2003 es la prevista en su artículo 12, y que por aplicación mayoritaria del principio de la condición más beneficiosa, en su defecto, lo hace la contenida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, sin que sea dable auscultar en el pasado alguna otra preceptiva que pudiese beneficiar a los interesados, se reitera, el Tribunal no incurrió yerro alguno, menos en los jurídicos enrostrados por la recurrente a ese respecto, pues, no existiendo discusión en el proceso de que las cotizaciones efectuadas a cuenta del causante en número de 312.7143, lo fueron entre abril de 1983 y julio de 1994, y que éste falleció el 8 de enero de 2007, no aparece, por una parte, haber cumplido el número de 50 semanas de cotización en el trienio anterior a su muerte (8 de enero de 2004 al 8 de enero de 2007), y menos las 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior (del 8 de enero de 2006 al 8 de enero de 2007) de que trata el literal b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, por no estar cotizando al momento del deceso,

como para que pudieran socorrerse sus beneficiarios del principio de la condición más beneficiosa, en defecto del incumplimiento de la norma vigente a la data de la muerte del causante. (subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, la Sala hizo algunas precisiones acerca de las reglas que deben seguirse para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en pensión de sobrevivientes, en los eventos en que el deceso del causante ocurra en vigencia de la Ley 797 de 2003, dejando claro, que se trata de un principio temporal, que única y exclusivamente se puede dar aplicación a la normatividad inmediatamente precedente a la vigente a la muerte del causante, el que solo procede ante la falta de régimen de transición, y que sus destinatarios deben poseer una situación jurídica concreta o expectativa legítima.

De otra parte, la recurrente considera que el Tribunal dio un alcance equivocado a las previsiones contenidas en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, toda vez que, cuando el mismo señala que el afiliado que hubiera cotizado el número de semanas requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, alude a las semanas cotizadas al sistema para tener causada la prestación de vejez del causante y cita el párrafo primero que dice:

Parágrafo 1º. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de esta ley.

Esta Sala ha interpretado frente a dicho párrafo, que, en efecto, en él se plantea otra hipótesis para alcanzar el derecho a la pensión de sobrevivientes, la que se materializa cuando el causante hubiere cumplido el número mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para la pensión de vejez, sin que ello signifique que es cualquier número alcanzado, vale decir entonces, que si el causante se encuentra amparado por el régimen de transición, sus beneficiarios pueden acceder a la prestación de sobrevivencia siempre y cuando este haya dejado cotizado, como mínimo 500 semanas dentro de los últimos 20 años que anteceden el cumplimiento de la edad o 1000 en cualquier tiempo Así lo expresó la sentencia CSJ SL 7358-2014 en la que se señaló:

Es cierto que de conformidad con ese precepto es posible acceder a la pensión de sobrevivientes en otra hipótesis, y es cuando el causante hubiere cumplido el número mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para la prestación por vejez, y que en el caso de las personas en régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cobijadas por los reglamentos del Instituto, es el número mínimo de cotizaciones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año, que forman parte del régimen de prima media con prestación definida.

En sentencia CSJ SL 31 de Ago. 2010, Rad 42628, reiterada en las de 25 Ene y 22 Feb 2011, Rad. 43218 y 46556 respectivamente, sostuvo esta Corporación que cuando el párrafo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 hacía alusión al número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media, comprendía para los beneficiarios del régimen de transición, las previstas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que naturalmente incluye la hipótesis de las 500 semanas.

Así las cosas, conforme se anotó con antelación, debe entenderse que la alusión efectuada al número mínimo de semanas de que trata el párrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 es el fijado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le hayan sido introducidas, entre otras, por la propia Ley 797 de 2003.

Sin embargo, ello será así siempre y cuando [...] el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36

de la Ley 100 de 1993, pues, en tal caso, y en tratándose de un afiliado al Seguro Social, por razón de los beneficios de ese régimen se le debe aplicar, en materia de densidad de cotizaciones, el régimen al cual se encontrara afiliado para el 1 de abril de 1994, que lo es el Acuerdo 049 de 1990, en particular su artículo 12, por así disponerlo el señalado artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Deviene de lo anterior, que no es admisible atender el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que exige 500 semanas de cotización como mínimo, porque el *de cujus* no pertenecía al régimen de transición que como ya se dijo, pues no contaba con 40 años de edad al 1 de abril de 1994, puesto que nació el 15 de marzo de 1963, es decir, tenía 31 años de edad para esta data, y tampoco contaba con 15 años de cotizaciones al ISS a la misma fecha, como efectivamente lo analizó el Tribunal.

Ahora, al examinar el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, también es posible acceder a la pensión de sobrevivientes bajo otra hipótesis, que consiste en el cumplimiento del número mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para la prestación por vejez por parte del causante, surgiendo así la posibilidad de obtener la pensión de vejez, a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, se verificarán los requisitos exigidos por las disposiciones en comento.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en su numeral segundo estableció como requisito «*haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo*» las cuales «*a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se*

incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015», es decir, que para la fecha de fallecimiento del señor Elkin de Jesús Patiño Mejía, 4 de septiembre de 2007, debía acreditar para acceder a la pensión de vejez un total de 1.100 semanas, pero solo demostró 636.86 en toda su vida laboral, en consecuencia, no es posible acceder a prestación pretendida a la luz de este artículo.

Por lo razonado, como el señor Elkin de Jesús Patiño Mejía murió el 4 de septiembre de 2007, esto es, en vigencia de la Ley 797 de 2003, y cotizó solo 636,86 semanas al ISS según la historia laboral visible a folio 47 al ISS, se evidencia que no alcanzó a dejar causada la pensión de vejez, y como no era beneficiario del régimen de transición, no hay lugar a otorgar la pensión de sobrevivencia en los términos señalados en el citado párrafo.

Se colige de lo estudiado, que el Tribunal funda su decisión atendiendo la normatividad que se acusa como erróneamente interpretada, y no se evidencia yerro alguno de los que impugna la casacionista que permita derruir la sentencia, la misma se conserva incólume por estar amparada por la doble presunción de acierto y legalidad. En consecuencia, el cargo no prospera.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte recurrente, por cuanto su acusación no salió victoriosa y la demanda fue replicada. Como agencias en derecho se fija la suma de \$4.000.000, que se incluirán en la

liquidación con arreglo en lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

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 31 de enero de 2013 por la Sala Quinta de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **DIDALBA DE JESÚS BUILES VARGAS** en nombre propio, y en representación de su menor hijo **SANTIAGO PATIÑO BUILES** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

Costas como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS