



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1



ERNESTO FORERO VARGAS

Magistrado ponente

SL4344-2018

Radicación n.º 59644

Acta 34

Bogotá, D. C., tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **ANA MARÍA ZAMBRANO DE CORREA** contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, el 28 de junio de 2012, en el proceso ordinario laboral que instauró la recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Ana María Zambrano de Correa llamó a juicio a Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que se condene al Instituto al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a su favor, a partir del 26 de julio del 2006, junto con los intereses moratorios y la indexación de las mesadas pensionales, la aplicación de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que era la esposa legítima del señor Álvaro Enrique Correa Vengoechea, con quien convivió desde el 19 de enero de 1979, día de su matrimonio; que la unión fue permanente y consensual hasta el fallecimiento de su cónyuge, acaecido el 26 de julio del 2006; y que el causante cotizó la densidad de semanas requeridas para la pensión de sobrevivientes.

Expresó que el 28 de abril de 2009 reclamó la prestación, la que le fue denegada, mediante resolución 14151 de julio del 2009, aduciendo que no reunía los requisitos de ley y no «*había cotizado 25 semanas antes dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento*», decisión frente a la que interpuso los recursos de reposición y apelación, siendo confirmada los cuales fueron resueltos por resoluciones 20655 y 0596 de 2009 y 2010, respectivamente.

Expuso que revisada la historia laboral del causante se evidencia que durante su vida laboral cotizó más de 891 semanas, con las cuales cumplió a cabalidad los requisitos

para la pensión establecidos en el Decreto 758 de 1990, esto es, «150 semanas antes del fallecimiento o 300 en cualquier tiempo»; que la última cotización se realizó con un salario de \$554.700, equivalente a 13.5 SMLMV de la época.

Adujo que se le debe hacer el reconocimiento de la pensión desde el 26 de julio de 2006, en cuantía equivalente a «\$508.000» más los incrementos de ley.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó que la accionante era la esposa del señor Álvaro Enrique Correa Vengoechea, quienes convivieron a partir del día 19 de enero de 1979; y que el deceso ocurrió el 26 de julio del 2006. También admitió la reclamación de la prestación y la respuesta dada, así como el monto de la última cotización realizada. Dijo que no le constaba que la unión de la pareja haya sido permanente y consensual, por lo que dicho hecho debía ser sometido a prueba. En cuanto a los demás supuestos fácticos expresó que no eran ciertos.

En su defensa propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido, falta de causa para demandar, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 17 de mayo de 2011, condenó al

demandando a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 27 de julio de 2006, en cuantía no inferior a un SMLMV; absolvió del reconocimiento y pago de los intereses moratorios; declaró no probadas las excepciones; y condenó en costas a la parte pasiva.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante sentencia del 28 de junio de 2012, al resolver los recursos de apelación interpuestos por las ambas partes, revocó la providencia del *a quo* y, en su lugar, absolvió, por lo que condenó a la accionante en costas en ambas instancias.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como fundamento de su decisión, que primero debía resolver el recurso de apelación interpuesto por el Instituto, para luego, de ser necesario, abordar el análisis de recurso impetrado por la actora.

Centró el problema jurídico en determinar si en el presente caso se podía dar aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, dado que la norma vigente para el caso era la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas en por la Ley 797 de 2003.

Manifestó que en pensión de sobrevivientes se debe tener en cuenta la fecha de la muerte del afiliado o del pensionado con el fin de determinar la norma aplicable, es

decir, la vigente al momento de la ocurrencia del evento, atendiendo el principio legal y constitucional de irretroactividad de la ley. Al efecto citó la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 35120.

Adujo que como el señor Álvaro Enrique Correa Vengoechea falleció el 26 de julio de 2006, en principio, le era aplicable la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Acto seguido, transcribió el artículo 46 de la primera, modificado por el 12 de la última.

Señaló que conforme al reporte de semanas cotizadas (f.º 62), el causante no cotizó ninguna semana dentro de los 3 años anteriores a la fecha del fallecimiento y, por tanto, bajo el abrigo de la normatividad en vigor al momento del fallecimiento no reunía los requisitos de ley.

Bajo estas circunstancias, pasó a analizar la solicitud de la pensión bajo el postulado de la condición más beneficiosa en aras de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, *«por lo que para ir ahondando en el tema, no se podría en principio dar aplicación a ésta porque la mencionada condición protege es el cambio de legislación y no frente a la modificación de una Ley»*.

Expuso que esta Corte ha dejado claro que dicha teoría solo se aplica en el caso que el causante hubiese reunido los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 y falleciera en vigencia

de la Ley 100 de 1993, toda vez que lo que se buscaba con esta última *«era flexibilizar más los requisitos para acceder a dicha prestación y no era razonable que una persona que encuadrara en lo estipulado por la legislación anterior que eran más difíciles de acreditar no causara la pensión de sobrevivientes bajo los postulados nuevos que eran más asequibles pero que este no es el caso aquí analizado»*. A continuación, transcribió algunos apartes de las sentencias CSJ 28 may. 2008, rad. 30064; y CSJ SL, 20 feb. 2008, rad.32649 en las que se estudió el principio de la condición más beneficiosa.

Consideró que en el *sub judice* solo se podía aplicar la normatividad vigente al momento del fallecimiento del causante, es decir, el artículo 12 de la ley 797 de 2003 y que éste no dejó acreditados los requisitos exigidos por la citada ley para causar la pensión. Agregó que no era viable el principio de favorabilidad ni el de la condición más beneficiosa, pues, ello solo era posible cuando *el hecho ocurre bajo la vigencia de la primigenia Ley 100 de 1993 y se reúnen los requisitos de la normatividad anterior*.

Concluyó que no era procedente resolver el reconocimiento de la prestación con base en lo consagrado en el Decreto 758 de 1990 y, por tanto, revocaba la sentencia apelada. Con base en lo anterior consideró que no era necesario referirse al recurso de apelación incoado por la actora.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandante, 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, «*convertida esa Honorable Corporación en Tribunal de Instancia revoque la sentencia de segunda instancia en cuanto ésta a su vez revocó la de primera instancia*».

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

VI. CARGO ÚNICO

El censor señala que «*En el caso que nos ocupa nos encontramos ante una violación de la ley por infracción directa, por lo que en efecto el Tribunal incurrió en error de derecho*». (Subrayado fuera de texto).

Señala que en el hecho nueve de la demanda inaugural se indicó que el causante, Álvaro Enrique Correa Vengoechea, cotizó un total de 891 semanas, con las cuales acreditó las 300 exigidas en el Decreto 758 de 1990, condiciones suficientes para acceder a la pensión deprecada.

Explica que el Tribunal se basó en un precedente jurisprudencial, según el cual, «*solo se le puede aplicar la*

normatividad vigente al momento del fallecimiento del causante, es decir el art. 12 de la Ley 797/2002 no habiendo lugar a la aplicación del principio de favorabilidad ni de la condición más beneficiosa», el que solo aplica cuando el infortunio ocurre en vigencia de la ley 100 original y se reúnen los requisitos de la normatividad anterior.

Afirma la censura que con el criterio aducido por el colegiado se desconocen los principios de legalidad, seguridad jurídica y condición más beneficiosa, consagrados en los artículos 29, 58 y 86 de la CN, los cuales deben aplicarse a los trabajadores beneficiarios potenciales de pensión, sin menoscabar la dignidad humana ni sus derechos.

Expone que el principio de la condición más beneficiosa se encuentra plenamente garantizado en materia laboral y de la seguridad social, no solo a nivel constitucional sino legal, por el cual *«se determina “en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o beneficiosa para el trabajador”*», razón por la que no se puede limitar procedencia a un determinado marco histórico o tránsito legislativo, como en efecto lo hace el Tribunal.

Dice que no es posible que una persona, durante su vida laboral, cotice más de 300 semanas y no deje causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, únicamente por el hecho de no haber cotizado durante los tres años anteriores a su fallecimiento, razón suficiente para dar aplicación al mencionado principio, como acertadamente lo hizo el juez de primera instancia, quien, además, se apoyó en la sentencia

CSJ SL, 5 jun. 2005, rad. 24280.

VII. RÉPLICA

La entidad opositora señala que la demandante no tiene derecho a la pensión deprecada, como bien lo decidió el colegiado, porque su reconocimiento se rige por la norma vigente al momento del deceso del afiliado y, por tanto, como la muerte ocurrió el 26 de julio de 2006, la disposición que regula la prestación es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, tal como efectivamente lo adujo el sentenciador.

Por lo anterior considera que el *ad quem* no incurrió en la violación de la ley enrostrada.

VIII. CONSIDERACIONES

Inicialmente, la Sala advierte que la demanda de casación presenta algunos desatinos de orden técnico, como quiera que en el alcance de la impugnación se solicita que una vez casada la sentencia fustigada, esta Corte, en sede de instancia la revoque, lo cual resulta inaceptable, transgrediendo las reglas de la lógica, pues no es posible casar la sentencia, con lo cual ésta desaparece del mundo jurídico, para luego, en instancia, revocarla, en tanto no es viable revocar lo que ya no existe. Igualmente, se acusa error de derecho, siendo que las inconformidades fácticas solo es posible plantearlas por la senda indirecta, no por la directa, vía escogida por la recurrente.

No obstante, los yerros de técnica señalados no tienen la entidad suficiente para impedir el estudio de la acusación, como quiera que para la Corte es dable advertir el alcance pretendido por la censura, entendiendo que lo buscado es la casación de la sentencia fustigada, para luego, en sede de instancia, confirmar la del *a quo*, por aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Por lo demás, frente al error de derecho denunciado se entiende que la censura refiere a un error jurídico.

Superado el anterior escollo, conforme la inconformidad planteada en el recurso extraordinario, le corresponde a la Sala determinar si el *ad quem* incurrió en los yerros jurídicos enrostrados por la censura, al considerar que no era procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora, por no ser aplicable el principio de la condición más beneficiosa, pese a que el causante, en criterio de la recurrente, dejó acreditada la densidad de cotizaciones exigidas en el Decreto 758 de 1990.

Dada la vía escogida por la censura, se tienen por indiscutidos los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Álvaro Enrique Correa Vengoechea falleció el 26 de julio de 2006; *ii)* que el causante, durante toda su vida laboral, cotizó 891.43 semanas al ISS, todas anteriores al 1º de abril de 1994; y *iii)* que durante los tres años anteriores al deceso no realizó aporte alguno al sistema general de pensiones.

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 6 y 25 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 pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, pero excepcionalmente, aplicando 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:

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.

“2º) Aquí y ahora, recuérdese lo asentado por esta Corporación en cuanto a que algunos tratados y convenios internacionales en materia laboral y de seguridad social, incorporados a nuestro ordenamiento interno por virtud de su ratificación en los términos de los artículos 53 y 93 de la Carta Política, y que integran el bloque de la constitucionalidad, bien en estricto sentido o en sentido amplio, consagran la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Así, el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT advierte que “En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.

“Sólo a título de referencia, es pertinente citar el Convenio 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, que dispone:

“Artículo 30. La legislación nacional deberá, bajo condiciones

prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes”.

“Nótese que este convenio confiere un valor relevante a la preservación de “los derechos en curso de adquisición”, destacando con ello la obligación estatal de respetar aquellos requisitos que ya han sido consolidados por una persona, con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición. “Finalmente, y también a manera ilustrativa, debe citarse el Convenio 157 de la OIT, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (1982), que versa sobre los llamados “derechos en curso de adquisición”, en materia de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes. Este instrumento internacional suministra elementos para el reconocimiento de las cotizaciones u otras formas de contribución que hayan sido acumuladas en uno o varios países miembros, por parte las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de éstos, así como a los miembros de su familia y a sus sobrevivientes, con el fin de que tales aportes sustenten un derecho en dichas materias.

“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”.

[...]

“3º) De otro lado, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra el llamado principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social”.

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.

“Ahora bien, a pesar de que en la sentencia del 8 de mayo de 2012, Rad. 35319, la Corte justificó la posibilidad de acudir a la condición más beneficiosa en aquellos casos en los que reclama vigencia la Ley 797 de 2003, por virtud del principio de progresividad y en atención a que no existe un régimen de transición en materia de pensiones de sobrevivientes e invalidez, también ha explicado la Sala que ello implica «(...) aplicar la condición más beneficiosa contenida en la norma inmediatamente derogada (...)» mas no «(...) escrutar indefinidamente en el pasado hasta encontrar una condición que pueda ser cumplida por quien alega el mencionado principio que le beneficie.» (Sentencia CSJ SL,

14 de ag. 2012, rad. 41671).

“Por ello mismo, bajo ninguna circunstancia podría acudir a los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, para justificar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con 300 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como se defiende en los cargos”.

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, en reciente providencia 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 ocurre en vigencia de la Ley 797 de 2003, dejando absolutamente claro, entre otras, 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, que solo procede ante la falta de régimen de transición, y que sus

destinatarios deben poseer una situación jurídica concreta o expectativa legítima. Al efecto se transcriben los apartes pertinentes de la sentencia CSJ SL4650-2017, en la que se dijo:

B. En torno a los elementos característicos del principio de la condición más beneficiosa

Esta Corporación ha estimado que el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

- a) Es una excepción al principio de la retrospectividad.*
 - b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo.*
 - c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.*
 - d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva.*
 - e) Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas– habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada.*
 - f) Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.*
- Expliquemos cada uno de ellos:*

[...]

3. Aplicación de la normatividad inmediatamente precedente

No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido –a su vez– a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle una especie de efectos «plusultractivos», que resquebraja el valor de la seguridad jurídica (sentencia CSJ SL, del 9 de dic. 2008, rad. 32642).

4. A falta de régimen de transición

Los regímenes de transición, por regla general, sólo protegen expectativas legítimas, es decir, se centran en la protección de aquellos grupos de población cercanos al cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación.

En la misma dirección la Corte Constitucional en fallo C-663/07, recalcó que los regímenes de transición, a) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; b) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior; c) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición; y d) es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a consolidarse bajo el régimen previo.

Conviene precisar que, en relación con las pensiones de invalidez y sobrevivientes, no ha existido un régimen de transición en nuestra historia legal. Ello no ha sido óbice para que el operador jurídico busque principios de favorabilidad a través, por ejemplo, de la definición de derecho adquirido recayendo en la fecha de estructuración, buscando normas de acceso más favorables que las que rigen al momento de la declaratoria.

[...]

De manera que, por regla general, en presencia de regímenes de transición, la condición más beneficiosa no puede aplicarse pues haría nugatorios todos los objetivos económicos y sociales que con una reforma pretenden lograrse y, desde el umbral, debe aplicarse en torno a normas de impacto mediato.

5. El destinatario posee una situación jurídica concreta-expectativa legítima-

En pensiones de siniestro, como las de invalidez y sobrevivientes, no es fácil establecer qué es una situación jurídica concreta. Empero, se ha entendido por la Jurisprudencia que la situación es concreta si se cumple en estos casos con la densidad de semanas de cotización, dentro del plazo estrictamente exigido por la normatividad aplicable

Así, por ejemplo en el régimen de los seguros sociales obligatorios,

la situación es concreta si el afiliado cotizó 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, dado que la norma exigía ese número de semanas de cotización en todo el tiempo.

Con la vigencia de la Ley 100 de 1993, en parte puede existir una definición de situación concreta a estos efectos, dado que la norma precisa tal situación dependiendo de la cotización efectiva.

[...]

D. Temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

Como se recuerda la condición más beneficiosa es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal.

Sin perder de vista lo precedente, y una vez analizada la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, brota espontánea una primera conclusión: el legislador jamás pretendió perpetuar las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de sobrevivientes, y si bien con la condición más beneficiosa debe respetarse o mejor resguardarse los hechos denominados por la doctrina foránea «intertemporales» que se generan con personas que tienen una situación jurídica concreta, ello no puede llevar a mantener, *per secula seculorum*, la protección de «derechos» que no son derechos», en contra posición de la nueva ley que ha sido proferida honrando la Constitución Política.

De suerte que, a falta de normatividad expresa, el principio de la condición más beneficiosa emerge como un puente de amparo construido temporalmente para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, aquellas personas que, itérese, tienen una situación jurídica concreta, con el único objetivo de que, en la medida que lo recorren, paulatinamente vayan construyendo los «niveles» de cotización que la normativa actual exige.

Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «zona de paso» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de tres años, tiempo este que la nueva normativa (Ley 797 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización-50- y una vez verificada la contingencia de la muerte los causahabientes puedan acceder a la prestación correspondiente.

Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «derechos

en curso de adquisición», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición», cual es, la muerte.

Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venere en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

[...]

Desde la perspectiva anterior, si la condición más beneficiosa tiene cabida por vía de excepción y su aplicación es restrictiva, no es dable emplearla con un carácter indefinido. Tampoco es factible, en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, alterar la normativa que se ha de aplicar en virtud del principio examinado

Una reflexión insoslayable, el fallecimiento del afiliado es un supuesto ineludible de la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, no es un requisito de exigibilidad. Ello explica que no basta satisfacer la densidad de cotizaciones en cualquier tiempo para entender consolidado el derecho, sino que los dos elementos deben acontecer dentro del ámbito temporal que establece la ley. Este planteamiento permite entender la justificación de la condición más beneficiosa y su permanencia efímera.

[...]

Asimismo, el margen establecido responde a la efectividad de los principios de solidaridad y equidad, habida cuenta de que con el cambio legal no se afecta repentinamente la expectativa legítima, dado que, insístase, se permite la continuidad temporal de las reglas derogadas, evitándose un paralelismo normativo, ad

aeternum, no querido por el legislador.

Lo discurrido se explica de la siguiente manera:

El primigenio artículo 46 de la Ley 100 de 1993, dispuso:

Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: (...)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte (...)

Del anterior mandato se desprende dos situaciones que dan acceso a la prestación:

-Afiliado que se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento.

Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse la muerte, es decir, en cualquier tiempo.

-Afiliado que no se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento.

Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Nótese que a diferencia del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049, el legislador del 93 estableció como criterio de acceso el hecho de la cotización efectiva al sistema, al momento de la muerte o invalidez, para estructurar el requisito de semanas de cotización. En efecto, mientras que la normativa anterior exigía haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo o 150 semanas dentro de los seis años anteriores al momento del siniestro, sin establecer el requisito de cotización al momento de la muerte o invalidez; en la legislación de 1993, el nivel de concentración de las semanas de cotización exigidas en un determinado lapso depende del hecho de la cotización efectiva al momento de la invalidez.

Teniendo en cuenta lo dicho, ¿Cómo se expresa la situación jurídica concreta en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003?

[...]

Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez (sic), en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del

cambio normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
- d) Que al momento de la (sic) fallecimiento estuviese cotizando, y
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
- d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la muerte - « hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, es dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, no aplica tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del

cambio normativo y cuando falleció estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la muerte - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente se aplica el postulado de la condición más beneficiosa. La Sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, no se aplica dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002, no existe una situación jurídica concreta. (subrayado fuera de texto).

Así las cosas, siguiendo las reglas fijadas y explicadas suficientemente en el precedente citado, se tiene que el Tribunal no erró al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deprecada en el *sub lite*, al considerar que la normatividad aplicable, por regla general, es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, como quiera que el causante, Álvaro Enrique Correa Vengoechea, para la data en que entró a regir la Ley 797 de 2003, esto es, 29 de enero de ese mismo año, no estaba cotizando al sistema general de pensiones, debemos ubicarnos en la segunda hipótesis explicada en la sentencia antedicha, es decir, aquella que refiere a cuando el afiliado no se encontraba cotizando al momento del cambio o tránsito legislativo.

Entonces, los supuestos que permiten la aplicación de la condición más beneficiosa en el presente caso son: *i)* que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando; *ii)* que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002; *iii)* que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006; *iv)* que al momento del deceso no estuviese cotizando; y *v)* que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.

Así las cosas, es evidente que el presente caso el fallecimiento del afiliado se produjo el 26 de julio de 2006, esto es, después transcurrido el límite temporal fijado por la Corte en la providencia acabada de reseñar (29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006); y además, tampoco se encuentra acreditada la existencia de expectativa legítima en cabeza de la demandante (26 semanas en el año anterior al cambio legislativo), ni la misma densidad de cotizaciones en el año anterior al deceso, dada su calidad de cotizante inactivo para la data en que se produjo el deceso.

En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deprecada por virtud de la aplicación del referido principio, habida cuenta que el causante falleció después del 29 de enero de 2006, no cotizó 26 semanas dentro del año anterior al 29 de enero de 2003, data de vigencia de la Ley 797 de 2003, ni tampoco lo hizo en la anualidad que precedió su deceso.

Ahora, en el *sub judice* tampoco sería viable el reconocimiento de la prestación suplicada conforme los parámetros establecidos en el párrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por cuanto de conformidad a la hipótesis allí prevista, la Corte ha enseñado que para alcanzar la pensión de sobrevivencia en estos términos es necesario que el causante deje materializados los requisitos mínimos exigidos en el régimen de prima media para la pensión de vejez; presupuesto que se aplica a los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues así lo ha señalado a través de la sentencia CSJ SL7358-2014, reiterada en la CSJ SL19900-2017 y la CSJ SL149-2018 que dice:

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.

Conforme lo anterior, como el señor Álvaro Enrique Correa Vengoechea, quien nació el 28 de febrero de 1951 (f.º 43) y murió el 26 de julio de 2006, en vigencia de la Ley 797 de 2003, no alcanzó a dejar causada la pensión de vejez, toda vez que, pese a ser beneficiario del régimen de transición, por tener más de 40 años para el 1º de abril de 1994, solo aportó, durante su vida laboral, un total de 891.43 semanas, tal como lo dio por demostrado el Tribunal; tampoco acreditó las 500 semanas en los 20 años anteriores al deceso, dado que

entre el 26 de julio de 1986 y el 26 de julio de 2006 (data del deceso), según el reporte obrante a folio 62, tan solo cotizó un total de 196 semanas, razón por la cual no hay lugar a otorgar la pensión en los términos señalados.

En consecuencia, atendiendo los precedentes transcritos, se considera que el colegiado no incurrió en los yerros jurídicos endilgados, al discurrir que no había lugar a la aplicación del principio estudiado.

Por las razones expuestas el cargo no prospera

Las costas del recurso extraordinario estarán a cargo de la demandante, para lo cual se señalan como agencias en derecho la suma de \$3.750.000, liquidación que deberá realizarse conforme al 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 proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, el 28 de junio de 2012, en el proceso ordinario laboral que instauró **ANA MARÍA ZAMBRANO DE CORREA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

Costas como se indicó 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