

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

Magistrada ponente

SL4381-2018

Radicación n.º 61669

Acta 35

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **OLGA VANEGAS DE LEMUS** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 22 de enero de 2013, en el proceso que adelantó contra la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EN LIQUIDACIÓN EICE EN LIQUIDACIÓN HOY UGPP**.

Acéptese el impedimento presentado por el Magistrado Jorge Prada Sánchez a folio 77 del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

Olga Vanegas de Lemus, llamó a juicio a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal en liquidación EICE en liquidación hoy UGPP, y Fiduciaria la Previsora S.A. –

Fiduprevisora S.A. – como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Buen Futuro, para que se declarara que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor Luis Alfonso Lemus Bonilla, en su calidad de cónyuge supérstite con vínculo matrimonial no disuelto.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó que se condenara a las demandadas a reconocer y pagar la referida pensión a partir del 28 de mayo de 2002, junto con el respectivo retroactivo la indexación *«sobre cada una de las mesadas pensionales a partir del día 28 de mayo de 2002»*, los intereses moratorios, y que *«al hacer la reliquidación de las acreencias, tenga en cuenta los criterios ULTRA Y EXTRA PETITA»*.

Como sustento fáctico de la demanda, señaló que: el 26 de diciembre de 1970, en la ciudad de Ibagué, contrajo matrimonio con Luís Alfonso Lemus Bonilla, el cual fue registrado en la Notaría Sexta del Círculo de Ibagué.

Relató que dentro del vínculo matrimonial, procrearon un hijo, quien al momento de la presentación de la demanda ya era mayor de edad, y que convivió con su cónyuge *«durante un poco más de 31 años, de manera ininterrumpida, es decir, el vínculo matrimonial estuvo vigente, lo mismo que la sociedad conyugal hasta la fecha del fallecimiento, el 28 de mayo de 2002»*.

Dijo que mientras su esposo estuvo enfermo, ella junto con su hijo lo cuidaron y sufragaron los gastos médicos, y luego los funerarios.

Manifestó que ante el fallecimiento del señor Lemus Bonilla, se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes, pero la Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución n.º 05505, negó la solicitud pensional, y que posteriormente, al resolver el recurso de reposición, mediante Resolución n.º 14951 del 23 de julio de 2003, confirmó el acto administrativo antes referido. (f.º 64 a 69 del cuaderno principal)

Como consta a folio 72 (cuaderno principal), la parte actora desistió de la demanda en relación con «FIDUPREVISORA S.A». El desistimiento fue admitido por *el a quo* (f.º 74 cuaderno principal), por lo anterior, el trámite judicial continuó con la otra persona jurídica convocada a juicio.

La «CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN», al dar respuesta a la demanda (f.º 96 a 103 del cuaderno principal), se opuso a las pretensiones. En relación con los hechos, aceptó: la existencia del vínculo matrimonial, la reclamación realizada por la cónyuge, y los actos administrativos proferidos por la entidad de seguridad social.

Como excepciones de mérito planteó la de prescripción y las que denominó: carencia absoluta de causa, «*inexistencia de derecho a reclamar de parte de la demandante*», «*cobro de lo no debido*», buena fe, y solicitó que oficiosamente el juzgador declarara cualquier otra que cuyos supuestos encontrara acreditados.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Ibagué, concluyó el trámite y profirió fallo el 28 de marzo de 2012 (f.º 290 a 291, del cuaderno principal) en el que resolvió:

PRIMERO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda presentada por la Sra. OLGA VANEGAS DE LEMUS, contra CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, por las razones expuestas en la parte considerativa del fallo. Por lo tanto se ordena que CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, pague a favor de la Sra. OLGA VANEGAS DE LEMUS, las mesadas dejadas de producir desde el momento del fallecimiento del Sr. LUIS ALFONSO LEMUS BONILLA.

SEGUNDO. DECLARAR el beneficio de la pensión de sobreviviente del Señor LUÍS ALFONSO LEMUS BONILLA (q.e.p.d) a la cónyuge supérstite Sra. OLGA VANEGAS DE LEMUS.

TERCERO. ACCEDER al reconocimiento de la indexación sobre cada una de las mesadas pensionales a pagar a la citada Sra. OLGA VANEGAS DE LEMUS.

CUARTO. NO ACCEDER al pago del interés moratorio por cuanto la indexación aprobada cubre la situación de corrección monetaria de las mesadas dejadas de pagar.

Finalmente, dispuso condenar en costas a la entidad demandada.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Para resolver la apelación de la entidad demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué, emitió providencia el 22 de enero de 2013 (f.º 4 CD, 7 y 8, cuaderno Tribunal), en la que dispuso:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de primera instancia proferida el veintiocho de marzo de dos mil doce por el Juzgado Sexto

Laboral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora Olga Vanegas Lemus contra Cajanal E.I.C.E en liquidación, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone:

- *Negar las pretensiones de la demanda.*
- *Costas de primera instancia a cargo de la parte demandante.*

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia judicial ante la prosperidad del recurso.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal, comenzó por señalar que *«insiste la parte demandada en que se debe revocar la sentencia de primera instancia»*, toda vez, que aunque el sentenciador de primera instancia no encontró probada la convivencia *«termina fulminando el reconocimiento pensional por el solo hecho de que la aquí demandante en su calidad de cónyuge sobreviviente procreo un hijo con el causante y titular de la pensión»*.

A continuación, destacó que los argumentos de la apelante se centran en los siguientes aspectos: *(i)* la reclamación administrativa no fue agotada en debida forma por cuanto no se indicó en la misma que la actora y el causante habían procreado un hijo; *(ii)* la demandante no demostró la convivencia con el causante conforme a lo normado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y *(iii)* la indebida aplicación del fenómeno de prescripción.

Sobre el primer punto, el de la reclamación administrativa, consideró que se había efectuado adecuadamente, por cuanto el artículo 6 del CPTSS, *«no*

impone algún requisito especial o solemnidad lo único que debe cumplir en la indicación del derecho que pretende (...)».

En lo atinente al segundo aspecto de apelación, dijo que planteaba que *«la demandante no acreditó la convivencia mínima con el causante»*. En el análisis, manifestó el colegiado que de acuerdo con la fecha del deceso de Luis Alfonso Lemus Bonilla (28 de mayo de 2002) la norma aplicable para la solución del litigio, es *«el artículo 47 original de la ley 100 de 1993»*.

Con fundamento en este precepto, adujo que la demandante debía acreditar *«que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que haya convivido con el fallecido no menos de 2 años continuos con anterioridad a su muerte salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido»*.

Recordó que la juzgadora de primer grado, consideró que el requisito de la convivencia no era necesario cuando los cónyuges hubieren procreado uno o más hijos *«situación que está demostrado con el registro civil de nacimiento de su hijo Leonardo Alfonso Lemus Vanegas»*, que nació el 25 de diciembre de 1977.

Manifestó que *«frente a este punto»* debía *«traer a colación»* la sentencia de esta Corporación del *«16 de septiembre de 2008 radicación número 33003»*, de donde destacó que *«cuando no se ha convivido durante 2 años anteriores al fallecimiento del pensionado (...) la procreación*

de algún hijo común del cónyuge supérstite ha de ocurrir dentro del dentro del mismo lapso».

Manifestó, que aplicando el anterior criterio al caso bajo estudio, le asistía razón al apelante, por cuanto, no cumplió «con los requisitos exigidos en el artículo 47 de la ley 100 de 1993», y que aunque había procreado un hijo con el causante en el año de 1977, el nacimiento debía ocurrir «dentro de los dos años anteriores a la muerte situación que en el presente evento no sucedió puesto que el señor Luis Alfonso Lemus Bonilla falleció el 28 de mayo de 2002 es decir 24 años después del nacimiento de su hijo».

Posteriormente, manifestó que como en la apelación se esgrimió «la no acreditación de la convivencia por parte de la demandante esta corporación se adentrará en el análisis de los medios de prueba», y procedió, a citar el interrogatorio de parte practicado a la demandante, el testimonio de Dolores Morad Gallego «propietaria de un inmueble que fue arrendado a la aquí demandante», y la declaración del testigo «Armando Camargo Clavijo».

Del interrogatorio de parte y de los dos testimonios, concluyó:

Es de advertir que las manifestaciones hechas por los Testigos antes mencionados y por la misma demandante en su declaración de parte, no dan muestra de la convivencia requerida por la legislación para acceder a la pensión aquí solicitada por la actora, dado que no se evidenció rastro de convivencia los últimos dos años anteriores a la muerte del causante.

[...]

Concluye esta sala de decisión al igual que lo concluyó la a quo, que la demandante no demostró haber constituido un hogar estable y una convivencia permanente con el causante Luis Alfonso Lemus Bonilla por lo que ha de indicarse que no acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la ley 100 de 1993 [...]

Reiteró, que además, el hijo procreado no había nacido en el interregno de los dos años anteriores al deceso.

Por lo expuesto, revocó el fallo de primer grado, y negó las pretensiones.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal, admitido por la Corte y sustentado en tiempo, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicita «*SE CASE TOTALMENTE la sentencia de segunda instancia*», para que en sede de instancia confirme la del *a quo*.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, el cual fue replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia del Tribunal, por la **vía directa**, por «*interpretación errónea de los artículos 53 de la Constitución Política y 47, literal a) de la Ley 100 de 1993*».

En la demostración del cargo comienza por citar pasajes de la sentencia CC C-389 de 1996, en relación con la constitucionalidad del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo precedente, manifiesta que *«el requisito de la convivencia durante los dos últimos años, debe ser sustituido por la procreación del hijo habido entre la señora Olga Vanegas de Lemus (...)»* y el pensionado fallecido.

Agrega, que en el expediente obra el registro civil de nacimiento de dicho hijo, *«sin que sea necesario que (...) haya nacido dentro de este periodo como lo interpretó erróneamente el Tribunal»*.

Concluye este punto, haciendo énfasis en que la exégesis correcta del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, indica que bastaba acreditar la existencia del hijo procreado por la demandante y el pensionado fallecido, y *«no era necesario demostrar que éstos hubiesen convivido durante los dos últimos años anteriores a su muerte, tal como lo hizo el Juez de primera Instancia (...)»*.

Manifiesta que *«la apelación estuvo centrada exclusivamente en que no se demostró la convivencia entre la demandante y el causante, por lo cual no se puede ir más allá y analizar otros requisitos que no fueron objeto de apelación, tales como la convivencia al momento de la muerte del pensionado»*, y que, por ello, se vulneró el principio de consonancia.

Considera que el colegiado violó el artículo 53 de la carta política, toda vez, que no le dio aplicación al principio de la condición más beneficiosa, lo que implicaba regular el caso por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, lo que conducía *«otorgar la cuota parte que le corresponde en su calidad de cónyuge con sociedad conyugal vigente»*.

VII. RÉPLICA

Presentó oposición *«LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PASIVOS PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP»*, manifestando que el cargo incurre en falencias de técnica, por cuanto involucra aspectos propios de la vía indirecta.

Dice que así se pasaran por alto las falencias de técnica, no se puede casar la sentencia, por cuanto *«faltó la acreditación de la convivencia efectiva durante los dos años anteriores al fallecimiento (...)»*.

VIII. CONSIDERACIONES

Dada la vía escogida, en lo que interesa al trámite extraordinario, quedan en pie las premisas fácticas establecidas por el colegiado, especialmente lo atinente a los siguientes aspectos: *i)* El deceso del pensionado fallecido, que ocurrió el 28 de mayo de 2002; *ii)* el hijo que procreó con la demandante, nació el 25 de diciembre de 1977; *iii)* no

acreditó la convivencia en los dos años anteriores a la fecha del fallecimiento del pensionado.

Teniendo en cuenta lo planteado en el recurso extraordinario, el primer reproche jurídico de la recurrente, conduce a establecer si el término de convivencia ordenado en el literal b del artículo 47 (original) de la Ley 100 de 1993 (2 años anteriores al óbito), a efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes, puede suplirse con el hecho de haber procreado un hijo con el causante en cualquier tiempo, es decir, sin importar si fue en los dos años anteriores a la fecha del deceso.

Sobre tal aspecto, esta Corporación ha enseñado que la exigencia del término de convivencia se puede sustituir con la procreación de uno o más hijos, dentro de los dos años anteriores al fallecimiento del causante, como lo dijo el *ad quem*. En relación con este punto, en fallo CSJ SL, del 19 jul. 2011, rad. 35933, reiterada recientemente en sentencias CSJ SL 13186-2015 y CSJ SL6286-2017, se dijo:

2º) La circunstancia de haber procreado dos hijos sustituye el requisito de convivencia.

*En lo atinente a este argumento planteado por la recurrente, se impone a la Sala recordar sus enseñanzas en torno a que la exigencia de la convivencia no se suple con la procreación de uno o más hijos en cualquier tiempo, sino, según lo señalado en la letra a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, **debe ser dentro de los dos años anteriores al fallecimiento del pensionado o del afiliado** que estaba a las puertas de alcanzar el estatus de jubilado (sentencias del 22 de noviembre de 2006, radicación 26566, 19 de septiembre de 2007, radicación 31586, 16 de diciembre de 2008, radicación 33003 y 12 de agosto de 2009, radicación 36579).*

Ahora bien, nótese que las hijas del causante nacieron el 26 de noviembre de 1995 y 3 de marzo de 1998, es decir, por fuera de los dos años anteriores a la fecha del deceso de su padre.

Como en el asunto bajo escrutinio no se constata dicho supuesto fáctico, no le asiste razón a la censura frente a este particular reproche. (Resalta la Sala)

Además, en sentencia CSJ SL, 12 ag. 2009, rad. 36579, reiterativa de la CSJ SL, 16 dic 2008, rad. 33003, al respecto se dijo:

Ahora, el hecho de que el pensionado fallecido haya procreado hijos con la cónyuge, por sí sólo no la exime de demostrar la convivencia, tal como reiteradamente lo ha adoctrinado esta Corporación; verbigracia en sentencia del 16 de diciembre de 2008, radicación 33003, que rememora otras semejantes, expresó:

*“Los cargos están fundados en que el literal a del 2º inciso, artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, consagra una excepción al requisito de la convivencia marital de los cónyuges, **en un período no inferior a 2 años antes de la muerte del jubilado, que no es otro distinto de la procreación de hijos en el matrimonio.***
(.....)

*Con todo, la Sala de Casación Laboral ha tenido oportunidad de reiterar que la opción señalada **en el citado precepto, es decir, cuando no se ha convivido durante dos años anteriores al fallecimiento del pensionado o afiliado con derecho a jubilación, la procreación de algún hijo común del cónyuge supérstite, ha de ocurrir dentro del mismo lapso” [...]** (Resalta la Sala)*

Las anteriores referencias, permiten corroborar que no le asiste razón al libelista en la tesis que defiende, en cuanto, considera que para ser eximida del requisito de convivencia exigido en el referido artículo 47 de la Ley 100 de 1993, es suficiente haber procreado, en cualquier tiempo, un hijo con el pensionado fallecido, cuando la línea jurisprudencial aludida, destaca como lo entendió el colegiado, que debe ser en los 2 años anteriores al deceso.

En lo que corresponde a la condición más beneficiosa, el libelista pretende que le apliquen una norma que cuando el pensionado falleció, ni siquiera existía, por ende, tal solicitud no es viable, pues olvida que la regla general es la aplicación de la norma vigente al momento del siniestro, y adicionalmente, no tiene en cuenta que el aludido principio de la condición más beneficiosa, tiene como teleología, ante el tránsito normativo, proteger la expectativa legítima de los afiliados ante la ausencia de un régimen de transición que evite los cambios abruptos. Sobre los rasgos característicos del principio de la condición más beneficiosa, esta Corte de Casación, en sentencia CSJ SL14650-2017, señaló lo siguiente:

- 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.*

Por tanto, es evidente que lo requerido por el censor, no se orienta a ninguno de los anteriores propósitos, pues en el caso concreto, el problema jurídico no se funda en un tránsito normativo que le haya afectado alguna expectativa legítima.

Para finalizar, en lo que corresponde a la vulneración del principio de consonancia que endilga al Tribunal, debe recordarse que el cargo plantea: *«la apelación estuvo centrada exclusivamente en que no se demostró la convivencia entre la demandante y el causante, por lo cual no se puede ir más allá y analizar otros requisitos que no fueron objeto de apelación, tales como la convivencia al momento de la muerte del pensionado»*.

Si como lo dice el mismo libelista, la apelación se fundó en censurar el cumplimiento del requisito de convivencia, y sobre dicha materia se centró la disertación del colegiado, mal puede endilgar la violación al principio de consonancia.

Por ende, lo que hizo el sentenciador fue determinar si la apelante cumplía con los supuestos de hecho descritos en la norma jurídica respecto de la cual pretendía beneficiarse (artículo 47 de la Ley 100 de 1993), sin que el fallo tenga que ser una réplica de la apelación, pues se trataba de corroborar el cumplimiento de los requisitos de ley en lo atinente a la pretensión pensional que era la materia propuesta por la apelante, especialmente lo que correspondía a la convivencia, que fue precisamente la temática objeto de examen.

Sobre el punto bajo análisis, esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL15036-2014, reiterada en la sentencia CSJ SL4981-2017 señaló:

Si bien conforme al art. 66 A del C.P.T. y de la S.S., es deber del apelante precisar los temas objeto del recurso de alzada, puesto que de ello dependerá la competencia funcional del Tribunal en el

sentido de que solo puede pronunciarse respecto de los asuntos que fueron sometidos a su consideración, debe precisarse, como en otras oportunidades lo ha hecho esta Sala, que el juez de segunda instancia no se encuentra atado a los argumentos del recurrente, en la medida que conforme a la Constitución y la ley, goza de la facultad de aplicar las normas jurídicas que estime regulen el caso (iura novit curia), aún con prescindencia de las invocadas por partes.

Así se desprende del artículo 230 C.N. cuando señala que los jueces en sus providencias solo se someten al «imperio de la ley»; también de los artículos 229 C.N. y 2º de la L. 270/1996 «Estatutaria de la Administración de Justicia» que garantizan el derecho de acceso a la administración de justicia, cuyo matiz principal es que a los asociados se les ofrezca una solución efectiva y de fondo a los conflictos que hayan puesto a consideración de la jurisdicción, labor que deben realizar los jueces conforme al ordenamiento jurídico que conocen.

Lo expuesto significa que, en procura de materializar el derecho a la justicia, los jueces no se encuentran atados a los argumentos esbozados por las partes, en tanto que, como conocedores del Derecho y con miras a resolver los asuntos que les sean planteados –en la demanda o en el recurso de apelación–, deben investigar y aplicar las normas que según su saber y ciencia estimen que regulan el caso.

Desde esta perspectiva, la interpretación que hace el casacionista del principio de consonancia, es desacertada, dado que basta al recurrente llevarle al juez de apelaciones las «materias» objeto de inconformidad, para que éste quede habilitado para aplicar las normas que estime regulan el asunto y apreciar libremente las pruebas, máxime si de cara al ordenamiento procesal laboral la sustentación del recurso de apelación no requiere de fórmulas sacramentales ni su carga argumentativa está sujeta a determinados parámetros. De ahí que, no necesariamente las consideraciones de la sentencia de segunda instancia deban coincidir o ser un calco de los argumentos vertidos por el apelante.

En consecuencia, no existió la violación que se tribuye en relación con el principio de la consonancia.

Por lo estudiado, el cargo no prospera.

Costas en el recurso extraordinario a cargo a cargo de la demandante, dado que hubo réplica. En su liquidación

inclúyase la suma de \$3.750.000, de acuerdo con el artículo 366-6 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 de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué, el 22 de enero de 2013, dentro del proceso que promovió **OLGA VANEGAS LEMUS** contra **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL E.I.C.E – HOY- UGPP**.

Costas, como se dijo en la parte motiva.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

IMPEDIDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ