

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL13645-2014
Radicación n.º 53746
Acta 35

Bogotá, D. C., primero (01) de octubre de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **ESPERANZA DÍAZ GUTIÉRREZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 27 de julio de 2011, en el proceso que la recurrente le instauró **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS**.

I. ANTECEDENTES

La actora, en nombre propio y en el de sus menores Juan Sebastián y Juan Felipe Rojas Díaz, reclamó la pensión de sobreviviente; los intereses moratorios; las costas y lo que resulte acreditado *extra y ultra petita*.

Fundamentó su pedimento en que el señor Jaime Rojas Cortes, nació el 18 de octubre de 1952, por lo que al 1º de abril de 1994, tenía cumplidos 42 años de edad, por tanto, es beneficiario del régimen de transición previsto por la L. 100/1993, Art. 36; señaló igualmente que durante su vida laboral, cotizó 838 semanas, aunque en el informativo expedido por la propia demandada, aparecen reportadas 860.57 semanas. Igualmente expresó que con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social, cotizó un total 339.28 semanas, con lo que cumplió la exigencia de que tratan los artículos 6º y 25 del D. 758/1990; adujo también que contrajo matrimonio con el causante, el 4 de noviembre de 2000, vínculo que se extendió hasta la fecha de su fallecimiento, hecho ocurrido el 14 de septiembre de 2008; que con anterioridad al matrimonio, la pareja hizo vida marital por espacio de ocho años, para un total de «diecinueve años» de convivencia; agregó que la demandante presentó solicitud del reconocimiento pensional, en noviembre 20/2008, la que fue resuelta de manera negativa mediante resolución N° 1737 de marzo 20/2009, y confirmada por resolución N° 3931 de junio 23

Radicación n.º 53746

de 2009 y N° 612 de junio 15/2009, bajo el argumento de no colmar el mínimo de cotizaciones en los tres años anteriores al fallecimiento. Finalmente manifestó que mediante resolución n.º 1737 de marzo 20/2009, se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente en cuantía de \$11.765.717.00, con lo que se agotó la reclamación administrativa (fls. 2 a 7 y 41 a 46).

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada, aceptó como ciertos los hechos referidos al número de semanas que refleja la historia laboral, con la aclaración que efectuadas las imputaciones de pagos, el causante alcanza un total de 5.866 días validos aportados, para un total de 838 semanas y que con anterioridad al 1º de abril de 1994, el causante cotizó un total de 339.28 semanas; igualmente aceptó la calidad de cónyuges que ostentaban la demandante y el señor Jaime Rojas Cortes, vínculo matrimonial que aparece registrado en el respectivo registro notarial; asintió también la solicitud del reconocimiento pensional en noviembre 20 de 2008 y la respuesta dada mediante las varias resoluciones enunciadas en los hechos de la demanda. Finalmente aceptó la indemnización sustitutiva pagada en suma de \$11.765.717.00, con la que se agotó la reclamación administrativa.

En su defensa expuso que el ISS no podía ir más allá de lo señalado en la legislación, toda vez que el causante no dejó causado el derecho pensional, pues sólo acreditó 838 semanas en toda su vida laboral, de las cuales 36 fueron

aportadas dentro de los tres (3) últimos años anteriores al fallecimiento, y la exigencia de ley impone que sean 50 semanas, por tanto no reúne lo establecido en la L. 100/1993, art. 46, modificado por la L.797/2003, art. 12, norma aplicable dado que, el fallecimiento se presentó el 14 de septiembre de 2008.

Añadió que ante la improcedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, le correspondía a la demandante la indemnización sustantiva que le fue pagada en la suma arriba señalada. Negó la procedencia de la condición más beneficiosa en razón a que este beneficio opera cuando la contingencia se presenta en vigencia de la L.100/93 y se cumplen las exigencias del Acuerdo 049/1990; añadió que la entidad de seguridad social actuó de buena fe y en atención a lo previsto en la ley. En su defensa propuso las excepciones de «*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN REFERIDA*», «*PRESCRIPCIÓN*», «*BUENA FE*», «*FALTA DE CAUSA Y TÍTULO PARA PEDIR*», «*COBRO DE LO NO DEBIDO*», «*COMPENSACIÓN*», «*PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS*» y la «*GENÉRICA*». (fls. 49 a 54).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de mayo de 2011(CD fl. 76) decidió lo siguiente:

Radicación n.º 53746

Primero: Condenar a la demandada Instituto de los Seguros sociales representada legalmente por Silvia Helena Ramírez Saavedra o quien haga sus veces, al reconocimiento y pago del cincuenta por ciento de la pensión de sobrevivientes a la señora Esperanza Díaz Gutiérrez en calidad de cónyuge supérstite, del señor Jaime Rojas Cortes (q.e.p.d.) como su legítima beneficiaria, en forma mensual y vitalicia, a partir del 14 de septiembre del año 2008 en una cuantía inicial de \$290.018.98 que debe ser reajustada anualmente en los términos del artículo 14 de la L. 100/93, teniendo entonces para el año en curso el valor de la mesada a \$328.629.80.

Segundo: Condenar al Instituto de los Seguros Sociales al reconocimiento y pago del veinticinco por ciento de la pensión de sobrevivientes al menor Juan Sebastián Rojas Díaz en calidad de hijo del señor Jaime Rojas Cortes (q.e.p.d.) en cuantía de \$164.314.90 para el año 2011, que deberá ser reajustado anualmente en los términos del artículo 14 de la ley 100/93.

Tercero: Condenar al Instituto de los Seguros Sociales al reconocimiento y pago del veinticinco por ciento de la pensión de sobrevivientes al menor Juna Felipe Rojas Díaz en calidad de hijo del señor Jaime Rojas Cortes en cuantía de \$164.314.90 para el año 2011, que debe ser reajustado anualmente en los términos del artículo 14 de la ley 100/93.

Cuarto: Condenar a la demandada Instituto de los Seguros Sociales al pago del retroactivo de las mesadas incluidas las adicionales de cada anualidad causadas y no pagadas a partir del 14 de septiembre del 2008, suma que al mes de abril de 2011 asciende por valor (sic) de \$22.921.107.64 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, este valor será distribuido entre los demandantes, en las proporciones antes establecidas.

Quinto: Condenar al Instituto de los Seguros Sociales a reconocer y pagar los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100/93 de las mesadas ordenas en el numeral anterior, a partir del 20 de enero del 2009 y hasta el momento en que haga efectivo el pago, valor que con corte a mes de abril de 2011 asciende a la suma de \$5.446.905.47 el cual de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, será distribuido entre los demandantes en las proporciones establecidas.

Sexto: Las condenas anteriores de las cuales son beneficiarios los menores de edad Juan Felipe y Juan Sebastián Rojas Díaz, será entregadas a la señora Esperanza Díaz Gutiérrez en su calidad de representante.

Séptimo: Condenar a la demandada al pago de las costas por valor, como agencias en derecho, de \$3.000.000.oo.

Octavo: Contra ésta providencia procede el recurso de apelación.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la demandada, conoció la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien mediante sentencia del 27 de julio de 2011, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar ABSOLVER al INSTITUTO DE SEGUROS SOPCIALES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por los razonamientos expuestos en el presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS en primera instancia a cargo de la parte demandante. SIN COSTAS en esta instancia

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como fundamento de su decisión, que la norma aplicable era la L. 100/1993, art. 46, modificada por la L. 797/2003, art. 12, en atención al momento de fallecimiento del causante que ocurrió el 14 de septiembre de 2008. Refirió que conforme a la documental arrimada al expediente, se estableció que entre diciembre de 1976 y septiembre de 2008, el causante cotizó un total de 860.57 semanas, de dónde concluyó que en el período de septiembre 18/2005 a septiembre 18/2008 (últimos tres años), cotizó únicamente un total de 40 semanas, con lo

cual es improcedente el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes reclamada por la parte demandante.

Finalmente, agregó que:

Tampoco cumple el causante el número de semanas cotizadas que exige el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, ya que en los últimos 20 años anteriores a su deceso sólo cotizó 397,04 semanas y durante toda su vida laboral 860.57 semanas, para que eventualmente los beneficiarios pudieran acceder a la pensión de sobrevivientes, ya que el afiliado se encontraba cobijado por el régimen de transición, previsto en el artículo 36 de Ley 100 de 1993, al tener 41 años de edad al 1º de abril de 1994.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte 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 íntegramente» la sentencia recurrida, para que en sede de instancia, confirme la decisión de primer grado.

Con tal propósito formula un cargo, oportunamente replicado, el cual se procede a desarrollar.

VI. CARGO ÚNICO

Está enunciado en los siguientes términos:

Se acusa la sentencia de infracción indirecta de la ley sustancial bajo la modalidad de aplicación indebida del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y como prueba mal apreciada se señala el folio 11 del expediente contentivo del reporte de semanas cotizadas».

Como errores de hecho denunció:

- 1. Dar por demostrado sin estarlo que el causante dejó cotizadas dentro de los veinte años anteriores a su fallecimiento un total de 397,04 semanas*
- 2. Dar por no demostrado estándolo, que el señor JAIME ROJAS CORTES entre el 15 de septiembre de 1988 y el 14 de septiembre de 2008, dentro de los veinte años anteriores a su fallecimiento, dejó cotizado (sic) 521 semanas.*
- 3. Dar por no demostrado estándolo que el señor JAIME ROJAS CORTES dejó satisfecho (sic) los requisitos para que su núcleo familiar accediera a la pensión de sobrevivientes en aplicación del párrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, según la recta interpretación que ha emanado de esta corporación.*

En la demostración del cargo, señaló que la conclusión del Tribunal riñe abiertamente con el contenido de la historia laboral aportada al folio 11, pues la misma, dice, es absolutamente clara en precisar que el causante cotizó un total de 521.33 semanas en los 20 años anteriores a la fecha de su fallecimiento. Para demostrar dicho equívoco, la censura procede a realizar la sumatoria de los aportes durante el período comprendido entre el 15 de septiembre de 1988 y el 14 de septiembre de 2008, ejercicio que le da un total de 521.33 semanas, y no de 397.04 como lo concluyó el sentenciador de alzada.

VII. RÉPLICA

Alude que el Tribunal lejos estuvo de incurrir en yerro fáctico alguno, puesto que el causante no cumple con las exigencias previstas por la L. 797/2003, art. 12, particularmente con las 50 semanas cotizadas en los últimos tres años.

Precisa también que la parte demandante tampoco tiene derecho a la pensión de sobrevivientes al amparo del párrafo 1º del art. 12 de la L. 797/2003., toda vez que dicha prerrogativa pensional fue establecida para quienes no hubieren tramitado una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

VIII. CONSIDERACIONES

La Sala comienza por señalar que no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, en tanto así los dio por demostrados el Tribunal: (i) la calidad de cónyuge e hijos que ostentan los demandantes; (ii) la fecha de nacimiento del señor JAIME ROJAS CORTES, que lo fue el 18 de octubre de 1952, y su fallecimiento el 14 de septiembre de 2008; (iii) tampoco se controvierte que el causante es beneficiario del régimen de transición previsto por la L. 100/1993 art. 36: (iv) que a la parte demandante le es aplicable el supuesto fáctico contemplado por L. 797/2003, art. 12, par 1º., y (v) que mediante resolución 1737 del 20 de marzo de 2009, los demandantes por

concepto de indemnización sustitutiva, recibieron la suma de \$11.765.717.00.

El problema a dilucidar por la Sala, está centrado en determinar si el señor JAIME ROJAS CORTES, y como lo señala la censura, contabiliza más de 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores a la fecha de su fallecimiento, o si por el contrario y como lo afirma el Tribunal, en dicho lapso, tan sólo aportó 397.04 semanas, las cuales son insuficientes para otorgarle a la parte demandante, la pensión de sobrevivientes al amparo de la L. 797/2003, art. 12, par 1º., en armonía con lo previsto por el artículo 12 A. 049 de 1990 aprobado por el D. 758 de esa misma anualidad.

Precisado lo anterior y para dilucidar si la razón está al lado de la parte recurrente o del Tribunal, la Sala procede a verificar las semanas cotizadas por el causante señor JAIME ROJAS CORTES y que aparecen a folio 11 del expediente, semanas que en total ascienden a 860.57 en toda la vida laboral, de las cuales y como bien lo afirma la censura, **519.57** fueron realizadas durante los 20 años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre el 14 de septiembre de 1988 y el 14 de septiembre de 2008.

En este orden de ideas y sin más disquisiciones, fácil es concluir que el fallador de segundo grado incurrió en los yerros fácticos a él endilgados, toda vez que la documental que aparece a folio 11, pone en evidencia manifiesta que las

Radicación n.º 53746

semanas cotizadas por el causante en los 20 años anteriores a su fallecimiento, ascienden a **519.57** y no a 397.04 como equivocadamente lo concluyó; número de semanas suficientes para que la parte demandante puede acceder a la pensión de sobrevivientes bajo la égida de la L. 797/2003, art. 12, par 1º., toda vez que el señor ROJAS CORTES cotizó las semanas mínimas -500- exigidas para obtener derecho a la pensión de vejez a la luz del A. 049/1990 art. 12., aprobado por el D. 758 de esa misma anualidad, normativa ésta que le es aplicable, precisamente por gozar del régimen de transición previsto por el la L. 100/1993 art. 36.

Aquí importante resulta precisar que se toma la fecha del fallecimiento del causante, 14 de septiembre de 2008, como hito para contabilizar las 500 semanas en los últimos 20 años, en tanto y como lo ha reiterado en múltiples oportunidades ésta Sala de la Corte, el hecho del fallecimiento, habilita la edad. Así lo recordó en sentencia CSJ, SL 17 abr. 2012, rad. 42488, cuanto al efecto dijo: *«ante un hecho inexorable de la vida, como es la muerte, se habilita la condición o requisito de la edad, no quedando desprotegida su familia así no cumpliera con el requisito de cotización exigido por la Ley 100 de 1993, al momento en que le sobrevino la muerte a la afiliada»*

Aunque lo dicho en precedencia es suficiente para concluir que el cargo está llamado a la prosperidad, la Sala encuentra oportuno recordar el alcance que tiene la L. 797/2003, art. 12, par 1º, para lo cual pertinente es

rememorar lo adoctrinado, entre otras, en la sentencia CSJ, ago. 31/2010, rad. 42628, cuando al efecto se dijo:

Para la Corte el régimen de prima al que allí se alude, que debe entenderse es el de prima media con prestación definida, es el establecido en el Título II de la Ley 100 de 1993 y no el que antes de la promulgación de esa ley era administrado por el Instituto de Seguros Sociales y regulado, principalmente, por el Acuerdo 049 de 1990. Ello indica, entonces, que dicho régimen de prima media con prestación definida se gobierna, en principio, por las normas de ese título, salvo las excepciones que surjan de la Ley 100 de 1993, que permitan la aplicación de la normatividad anterior.

Así lo explicó la Sala en la sentencia del 20 de abril del presente año, radicación 38003 en los siguientes términos:

“No obstante ha de precisar la Corte en su función de unificación de la jurisprudencia nacional que el entendimiento que propone el recurrente, en el sentido de que esa norma hace referencia a las condiciones para acceder a la pensión de vejez en el régimen de los seguros sociales obligatorios regulado por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 del mismo año, no se acompasa con el espíritu del precepto legal.

“La finalidad que buscó el legislador con esa previsión según aparece en los respectivos antecedentes de la Ley 797 de 2003, fue mantener la prerrogativa de la pensión de sobrevivientes de manera permanente a los beneficiarios del afiliado que hubiere reunido una alta densidad de cotizaciones que le hubiera permitido acceder al pensión de vejez en el régimen de prima media; esto es, sin la exigencia para estos casos de la obligación de permanencia de las cotizaciones en los últimos años anteriores a la muerte.

“Pero esa remisión a la densidad de cotizaciones exigida en el régimen de prima media debe ser entendida dentro del ámbito de la propia Ley 100 de 1993, y no una invocación de normas que con anterioridad regulaban dicho régimen en los reglamentos del Instituto de Seguro Social derogadas de tiempo atrás, con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”

“Y aunque en la propuesta inicial del párrafo 1º del artículo en comento se aludía expresamente a que se hubieren cumplido 1.000 semanas de cotización, el que en el texto final se hubiere cambiado la exigencia de cotizaciones por “el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima”, no puede entenderse como una aceptación de que podía accederse a la prestación con un número inferior de aportes del causante, sino que se explica porque el número mínimo de semanas de cotización para efectos de la pensión de vejez en el régimen de prima media de la Ley 100,

Radicación n.º 53746

estaba previsto se incrementaría paulatinamente hasta llegar a 1.300 en el año 2015; además, el concepto de prima media es propio del Sistema General de Pensiones”.

De la sentencia arriba citada se desprende que para la Sala la remisión que al régimen de prima media se hace en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 corresponde al establecido y regulado por la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, con el fin de precisar su discernimiento sobre el particular y para que exista claridad respecto de su actual entendimiento acerca de los requisitos que deben cumplirse para que se cause la pensión del párrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, debe ahora aclararse que el criterio expuesto en la memorada sentencia, no significa que las normas de los reglamentos del seguro de invalidez, vejez y muerte que tenían vigencia antes de la Ley 100 de 1993, vale decir el Acuerdo 049 de 1990, no formen parte del régimen de prima media con prestación definida, como tampoco que, para efectos de establecer el derecho a la pensión de sobrevivientes de que trata el párrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, no se pueda acudir a esas normas, en ningún caso.

(...)

Por ello cumple apuntar que, precisamente, una de las modificaciones que introdujo la Ley 100 de 1993 fue la del requisito para obtener el derecho a la pensión de vejez en materia de cotizaciones, cuestión que ahora se gobierna por el artículo 33 de ese estatuto normativo.

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 que 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.

Y lo anteriormente expuesto es así porque, en primer término, como quedó visto, las normas vigentes de ese acuerdo forman

parte del régimen de prima media con prestación definida y, en segundo lugar, deben utilizarse en materia de edad, número de semanas cotizadas y monto de la prestación, para los beneficiarios del régimen de transición pensional...

De tal suerte y según la inteligencia de la L. 797/2003, Art. 12, par. 1º., el afiliado al ISS que cumpla con la densidad de semanas cotizadas exigidas para obtener la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, incluido el régimen previsto por el A. 049 de 1990 aprobado por el D. 758 de ese mismo año, si llegare a fallecer, deja causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos allí previstos.

Lo dicho en precedencia, es suficiente para concluir que el cargo está llamado a la prosperidad.

Sin costas en casación.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia se confirmará la decisión de primer grado que condenó a la demandada a pagar la pensión de sobrevivientes, pero no al amparo de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, sino y como se dejó precisado en el estadio de la casación, porque la parte demandante tiene derecho a la misma, en virtud de lo previsto por la L. 797/2003, art. 12, par 1º, razón ésta que lleva a la Sala a precisar los siguientes aspectos:

1.- El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la luz de la norma que consagra el derecho, se hace en un 80% de la mesada pensional que le hubiera correspondido al causante como pensión de vejez, con lo cual, surtidas las operaciones aritméticas respectivas, asciende a \$394.001.84, suma ésta que al resultar inferior al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2008, se ajustará a \$461.500.00, que corresponde al salario mínimo fijado para dicha anualidad, tal como lo ordena la L. 100/1993, Art. 48, inc. 3º, mesada que deberá ser reajustada anualmente en los términos de ley, más las mesadas adicionales de junio y diciembre. Se precisa que para el año 2014, la mesada pensional asciende a la suma de \$616.000.00.

2.- Igualmente y como no hay discusión sobre la calidad de cónyuge que ostenta la señora Esperanza Díaz Gutiérrez y la condición de hijos de Juan Sebastián y Juan Felipe Rojas Díaz, la mesada pensional se distribuirá de la siguiente manera: un 50% para la señora Esperanza Díaz Gutiérrez; un 25% para Juan Sebastián Rojas Díaz y el otro 25% para Juan Felipe Rojas Díaz, tal y como lo ordenó el fallador de primer grado y **sobre lo cual guardó entera conformidad la parte demandante**. Se precisa que el derecho pensional de los hijos arriba hasta el día en que cumplan la mayoría de edad, o hasta los veinticinco años si acreditan válidamente la condición de estudiantes, fechas a partir de las cuales, su derecho pensional acrecerá en favor

de quien lo continúe disfrutando.

Teniendo en cuenta lo anterior y como las sentencias deben contener las condenas en concreto, se modificará el retroactivo pensional causado entre el 14 de septiembre de 2008 y el mes de agosto del año en curso, pues el mismo da un total de \$45.503.316.67; con lo cual a la señora Esperanza Díaz Gutiérrez que tiene derecho al 50% de la pensión, le corresponde la suma de \$22.751.658.00; a Juan Sebastián Rojas Díaz que tiene derecho al 25% le corresponde la suma de \$11.375.829.00 y a Juan Felipe Rojas Díaz que también tiene derecho al 25%, le pertenece la suma de \$11.375.829.00.,

3.- Asimismo, se confirmará la condena que por intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la ley 100 de 1993, impartió el sentenciador de primera instancia, toda vez que la pensión de sobrevivientes objeto de estudio, está gobernada por el Sistema de Seguridad Social de que trata la Ley 100 de 1993, por tanto son procedentes los citados intereses, los cuales y como bien lo precisó el *a quo*, se causan a partir del 20 de enero de 2009 en tanto la reclamación administrativa se surtió el 20 de noviembre de 2008, intereses que liquidados al mes de agosto del año en curso y sin perjuicio de los que se sigan causando con posterioridad, ascienden a \$29.401.550.07., suma de la cual le corresponden a la señora Esperanza Díaz Gutiérrez el valor de \$14.700.775.00; al joven Juan Sebastián Rojas

Radicación n.º 53746

Díaz la suma de \$7.350.387.5 y a Juan Felipe Rojas Díaz la cuantía de \$7.350.387.5

Lo indicado en los numerales 2 y 3 está conforme a la siguiente liquidación:

INGRESO BASE DE LIQUIDACION	=	\$	746.215,61
FECHA DE PENSION	=		14/09/2008
NUMERO DE SEMANAS	=		860,57
%	=		65%
VALOR PENSION DE VEJEZ	=	\$	485.040,15
% PARA PENSION DE SOBREVIVIENTES	=		80%
VALOR PENSION DE SOBREVIVIENTES	=	\$	388.032,12
SMLV - 2008	=	\$	461.500,00

DESDE	HASTA	PENSIÓN	No. DE PAGOS	VALOR MESADAS PENSIONALES	VALOR INTERESES DE MORA (21/01/2009)
14/09/2008	31/12/2008	\$ 461.500,00	4,57	2.107.516,67	
01/01/2009	31/12/2009	\$ 496.900,00	14	6.956.600,00	\$ 9.041.809,25
01/01/2010	31/12/2010	\$ 515.000,00	14	7.210.000,00	\$ 7.520.250,40
01/01/2011	31/12/2011	\$ 535.600,00	14	7.498.400,00	\$ 5.911.266,59
01/01/2012	31/12/2012	\$ 566.700,00	14	7.933.800,00	\$ 4.233.821,17
01/01/2013	31/12/2013	\$ 589.500,00	14	8.253.000,00	\$ 2.302.174,65
01/01/2014	31/08/2014	\$ 616.000,00	9	5.544.000,00	\$ 392.228,01
TOTAL				\$ 45.503.316,67	\$ 29.401.550,07

4.- Se revocará la sentencia de primer grado en cuanto se abstuvo de declarar probada la excepción de compensación, toda vez que y como bien lo pone de presente la parte demandada al formular el recurso de apelación, es un hecho cierto que mediante resolución n.º 1737 de marzo 20/2009 (fls. 17 a 23), el ISS le reconoció a la parte demandante la indemnización sustitutiva en cuantía de \$11.765.717.00, hecho éste por demás aceptado expresamente por la propia demandante desde la demanda con la cual se dio inicio al presente asunto (fls. 2 a 7), razón por la que se autorizará a la entidad demandada, de la condena que se imparte, a descontar la suma de

\$13.514.300.60., que corresponde al valor pagado por concepto de indemnización sustitutiva junto con la indexación de dicha suma.

Importante resulta preciar que la circunstancia de recibir los beneficiarios del causante la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en lo absoluto impide el reconocimiento pensional aquí ordenado, tal y como en seguida se explica

A.- La L. 797/2003, art. 12, par 1º, es absolutamente clara en señalar que no hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al amparo de esta norma, si el «**afiliado**» o causante “(...) *hubiese 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*»; nunca si los beneficiarios hubiesen tramitado o recibido la indemnización sustitutiva, que es precisamente el caso bajo estudio, pues si esto ocurre y en el proceso laboral se demuestra que el causante reunía las exigencias contempladas en el régimen de transición para tener derecho a la pensión de vejez, el pago de dicha indemnización sustitutiva, se ha de entender hecho a título provisional, y lo procedente será ordenar la compensación, toda vez que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, *per se*, implica que no había lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

B.- Ahora bien, si fuera el afiliado o causante quien hubiese reclamado y tramitado la indemnización sustitutiva, tampoco habría lugar a negar la pensión de sobrevivientes a la luz de L. 797/2003, art. 12, par 1º, toda vez que y como lo ha reiterado esta Sala de la Corte, recientemente en sentencia CSJ SL9769-2014, que a su vez rememoró lo dicho en sentencia CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 34014, de cara al derecho fundamental irrenunciable, como lo es la pensión, no existe incompatibilidad alguna entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que recibió el causante y la pensión de sobrevivientes que corresponde a los beneficiarios de éste, siempre que cumplan con las exigencias legales para acceder al derecho pensional.

Así lo precisó:

Para la Corte, ninguna razón válida existe para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del causante, pretextando el hecho de que a éste, le fue reconocida en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la medida en que no se trata de la misma contingencia respecto de la cual se canceló la suma indemnizatoria.

En un caso diferente, donde se pretendía el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, no obstante que el afiliado había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pero que se acomoda al caso objeto de estudio, la Sala en sentencia del 20 de noviembre de 2007, radicación 30123, al fijar el alcance del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, precisó:

Si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que “hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común”, ello no debe entenderse que dentro de ese grupo se encuentren aquellos con posibilidades

Radicación n.º 53746

de beneficiarse con una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva.

Más bien, frente a la comentada norma, lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez, situación que fue la que aconteció en el presente asunto.

Resulta contrario a los más altos postulados de justicia, que una persona que reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en las normativas que gobiernan su situación para el momento en que se estructuró su condición de inválida, pierda tal beneficio económico por la sola circunstancia de que otrora se le negó la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos de semanas cotizadas, pues se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y con exigencias disímiles.

Además, advierte la Sala, que proceder en la forma como lo sugiere el ISS, conduce, ni más ni menos, a que un trabajador pese a no llenar las exigencias legales para cubrir un riesgo (vejez), y satisfacer los requisitos para otro (invalidez), como aquí ocurre, pierda el cubrimiento de ésta última contingencia, porque ello sería tanto como prohijar un total y absoluto desamparo, con flagrante desconocimiento, no sólo de aquellos principios que irradian el derecho a la Seguridad Social (art. 48 de la C.P.), sino además su desarrollo legal, o del Sistema de Seguridad Social integral, como son la solidaridad, universalidad, integralidad, participación, unidad y eficiencia.

En verdad, una exégesis restrictiva en ese sentido, significaría desconocer la no querida probabilidad de que quien recibe una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no pueda invalidarse más adelante, sumándole la desprotección del Sistema frente a ese infortunio que, no puede ignorarse, le impide al inválido procurar su propio sustento, ante la pérdida de su capacidad laboral en el porcentaje previsto en la Ley.

Adicionalmente, de la lectura al artículo 49 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no surge incompatibilidad alguna entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que recibió el actor en su debido momento, y la pensión de invalidez que reclama, dada la incapacidad que le sobrevino con posterioridad al cumplimiento de los 60 años de edad.

En las condiciones que anteceden, la indemnización que se le canceló al afiliado en el sub iudice, es como su mismo nombre lo indica, “sustitutiva de la pensión de vejez”, esto es, sustituye esa prestación concretamente (pensión de vejez) y no las otras contingencias que también ampara el sistema, como la invalidez y la muerte, por lo que resulta equivocado el razonamiento del Tribunal cuando para negar el derecho pretendido, textualmente expresa, que “en el momento en que el causante recibió la indemnización sustitutiva, “se gastó” las semanas que tenía para cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte de origen común”.

A juicio de la Corporación, cuando un afiliado al ISS, le aporte más de 300 semanas antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, y fallece en vigencia del artículo 46 de esta normativa, sin duda alguna, acorde con el principio de la condición más beneficiosa, sus causahabientes no pierden el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes conforme a lo previsto por los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990. Así se ha sostenido en innumerables fallos, entre otros, en el del 14 de julio de 2005, radicación 25090. (Resaltas fuera del texto).

De manera que, de acuerdo con la regla jurisprudencial referida, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez recibida en vida por el causante o por los beneficiarios de éste, no implica, *ipso jure*, la renuncia por parte del asegurado o sus derechohabientes a reclamar una pensión por un riesgo distinto al de vejez; máxime que, si el beneficiario tiene derecho a la pensión de vejez, la entidad de seguridad social sea en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, no tiene por qué reconocerle una indemnización sustitutiva u ordenar la devolución de saldos, pues lo procedente es el otorgamiento de la prestación que por derecho le corresponde.

5.- Finalmente y del valor del retroactivo pensional, la demandada está facultada para efectuar el correspondiente

descuento al sistema general de seguridad social en salud, tal como lo ordena la L. 100 de 1993, art. 204, modificado por la L. 1122 de 2007, art. 10.

Las constas de la primera instancia estarán a cargo de la demandada, sin ellas en la segunda.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el veintisiete (27) de julio dos mil once (2011), por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ESPERANZA DÍAZ GUTIÉRREZ**, en calidad de cónyuge y en representación de sus menores hijos **JUAN SEBASTIÁN Y JUAN FELIPE ROJAS DÍAZ** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR parcialmente, y por las razones expuestas en la parte motiva, los ordinales primero, segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia proferida, el 18 de mayo de 2011, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, esto es, en cuanto condenó al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, a reconocer y pagar,

a partir del 14 de septiembre de 2008, la pensión de sobrevivientes en favor de la señora **ESPERANZA DÍAZ GUTIÉRREZ** y de sus menores hijos **JUAN SEBASTIÁN Y JUAN FELIPE ROJAS DÍAZ**, en un 50% para la primera y en un 25% para el segundo y tercero respectivamente; igualmente en cuanto ordenó pagar el retroactivo pensional y los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Se precisa que el derecho pensional de los hijos arriba hasta el día en que cumplan la mayoría de edad o hasta los veinticinco años si acreditan válidamente la condición de estudiantes, fechas a partir de las cuales, su derecho pensional acrecerá en favor de quien lo continúe disfrutando.

SEGUNDO: MODIFICAR los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia del *a quo*, en cuanto al monto de la mesada pensional; para en su lugar condenar a la demandada a reconocer y pagar una mesada pensional, en cuantía inicial de \$461.500.00, de la cual \$230.750 le corresponde a la cónyuge y \$115.375.00 a cada uno de los menores hijos señalados en el ordinal que precede, la que deberá ser reajustada anualmente en los términos de ley, más las mesadas adicionales de junio y diciembre, mesada que para el año 2014, asciende a la suma de \$616.000.00., la que y si aún persiste el derecho pensional de los citados menores, será cancelada en las siguientes cuantías: \$308.000.00, para la cónyuge sobreviviente y \$154.000.00., para cada uno de los citados jóvenes, de lo contrario, tales valores acrecerán en favor de la señora **ESPERANZA DIAZ**

GUTIERREZ.

TERCERO.- MODIFICAR parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia del *a quo*, esto es en cuanto al monto del retroactivo pensional causado entre el 14 de septiembre de 2008 y el mes de agosto del año en curso, retroactivo que da un total de \$45.503.316.67; con lo cual a la señora Esperanza Díaz Gutiérrez que tiene derecho al 50% de la pensión, le corresponde la suma de \$22.751.658.00; a Juan Sebastián Rojas Díaz que tiene derecho al 25% le corresponde la suma de \$11.375.829.00 y a Juan Felipe Rojas Díaz que también tiene derecho al 25%, le pertenece la suma de \$11.375.829.00.,

CUARTO.- MODIFICAR parcialmente el ordinal quinto de la sentencia del *a quo*, esto es en cuanto al monto de los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la ley 100 de 1993, los que hasta el mes de agosto del año en curso y sin perjuicio de los que se sigan causando con posterioridad, ascienden a \$29.401.550.07., de los cuales le corresponden a la señora Esperanza Díaz Gutiérrez la suma de \$14.700.775.00; al joven Juan Sebastián Rojas Díaz la suma de \$7.350.387.5 y a Juan Felipe Rojas Díaz la suma de \$7.350.387.5.

QUINTO.- REVOCAR la decisión de primer grado en cuanto declaró no probada la excepción de compensación,

Radicación n.º 53746

para en su lugar y conforme lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia, declarar su prosperidad, con lo cual se autoriza al ISS, de la condena que se imparte, a descontar la suma de \$13.514.300.60., que corresponde al valor pagado por concepto de indemnización sustitutiva y a su indexación.

SEXTO.- AUTORIZAR a la demandada, a descontar del retroactivo pensional, los aportes correspondientes al sistema general de seguridad social en salud, tal como lo ordena la L. 100 de 1993, art. 204, modificado por la L. 1122 de 2007, art. 10, de ser procedente.

SEPTIMO.- Costas, conforme se indicó en la parte motiva.

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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE