



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 2

**CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA**

**Magistrada Ponente**

**SL4998-2018**

**Radicación n.º 65263**

**Acta 41**

Bogotá, D. C., veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **FABIOLA CHICA DE OQUENDO** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013), en el proceso que instauró la recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN**, hoy **COLPENSIONES**.

## **I. ANTECEDENTES**

FABIOLA CHICA DE OQUENDO llamó a juicio al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, hoy COLPENSIONES, con el fin de que se declarara que tenía derecho a la pensión de sobrevivientes, mesadas adicionales de junio y diciembre, indexación y/o intereses moratorios.

Como fundamento de sus peticiones, señaló que contrajo matrimonio con el señor Orlando Oquendo Simatave, el 7 de enero de 1961 y convivió con él, hasta el momento de su fallecimiento, ocurrido el 17 de septiembre de 2008; que éste cumplió con el número de semanas cotizadas que exige el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003; que era beneficiario del régimen de transición, razón por la cual, debía cotizar un mínimo de 500 semanas para acceder a la pensión de vejez y cotizó 542; que obtuvo el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Agregó, que si bien Orlando Oquendo Simatave obtuvo la mencionada indemnización sustitutiva, a sus causahabientes les asistía el derecho a solicitar el reconocimiento de la prestación que se reclama, pues es diferente de aquella por la cual se indemnizó al fallecido, toda vez que no cubre la contingencia de sobrevivencia, sino la de vejez. Para el efecto, citó y transcribió en extenso apartes de la sentencia CSJ SL, 23 en. 2009, sin identificar número de radicado.

En ese orden, informó que reclamó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge, pero la solicitud no fue tramitada, porque al causante ya se le había reconocido, en vida, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; que ese derecho deriva de su condición de beneficiaria de su cónyuge fallecido y que, como el ISS no canceló oportunamente las mesadas pensionales, debían

reconocerse los intereses moratorios a que se refiere el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (f.º 2 a 7, cuaderno principal).

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó atenerse a lo probado durante el proceso.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe del seguro social, improcedencia del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, improcedencia de la indexación de las condenas, imposibilidad de condena en costas y prescripción (f.º 33 a 36 *ibídem*).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Adjunto al Quinto Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo del 30 de noviembre de 2011 (f.º 61 a 67 *ibídem*), decidió:

**PRIMERO: DECLARAR PROBADA** la excepción de mérito denominada **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: ABSOLVER** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **FABIOLA CHICA DE OQUENDO** [...], en el presente juicio.

**TERCERO: CONDENAR** a la señora **FABIOLA CHICA DE OQUENDO** a cancelar a favor del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, las costas procesales por así autorizarlo el art. 392 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil. Modificado (sic) por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010 [...] (negrilla y subrayado del texto original).

### III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia del 27 de septiembre de 2013, confirmó la de primera instancia y condenó en costas a la demandante (f.º 146 a 153, *ibídem*).

Consideró el principio de congruencia, establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en este caso por remisión del 145 del CPTSS, en donde se consagra su obligatoria observancia por parte del Juez y citó algunos apartes de la sentencia CC T-1274-2008, en donde se desarrolló la finalidad y alcance de este principio.

No obstante esa exigencia legal, prevista en el estatuto procesal civil, señaló que el procedimiento laboral estableció una excepción, «*disponiendo en el artículo 50 del CPL y de la SS, para los jueces de primera instancia*», la facultad de resolver *ultra y extra petita* (artículos 14 del CST y 53 de la CN), siempre y cuando se tenga en cuenta que esta facultad solo la tienen los jueces de primera instancia, los hechos originantes deben ser probados y haber sido discutidos en el proceso.

En este sentido, expuso que el Juez de primera instancia aplicó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, negando el derecho, con el argumento de que el afiliado fallecido no efectuó cotización alguna, durante los últimos tres años anteriores a la muerte. Sin embargo, la demandante apoyó

sus peticiones en el párrafo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que cita como alternativa para el reconocimiento pensional, cuando el afiliado haya *«alcanzado la densidad de semanas exigidas bajo el régimen de prima media, en tiempo anterior al deceso»*. Por lo anterior, abordó el asunto sometido a su análisis bajo las normas indicadas en la demanda.

Estableció como debate jurídico, determinar si a la actora le asistía el derecho a la pensión de sobrevivientes por la muerte de Orlando Oquendo Simatave, con fundamento en el párrafo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003; transcribió la disposición y de la misma extrajo los siguientes presupuestos fácticos: *i) que el «afiliado debe contar con el número mínimo de requisitos requerido en el régimen de prima media para la pensión de vejez»; ii) que «no debe haber tramitado o recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez»*.

Reprodujo en extenso la sentencia CSJ SL, 2 feb. 2011, rad. 42187, para rematar que para cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones, el difunto contaba más de 50 años de edad y un total de 542.1429 semanas cotizadas, de las cuales 250 fueron en los últimos 20 años, luego no dejó acreditados los requisitos para que sus beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes.

Respecto del último presupuesto, indicó respaldado en jurisprudencia de esta Corporación, que siendo la pensión de sobrevivientes una contingencia distinta de la indemnizada, *«no se ha extinguido el presupuesto de carácter objetivo que*

*permite el surgimiento del derecho, pues se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos y contingencias disímiles».*

En cuanto al primer presupuesto, concluyó que, según jurisprudencia de esta Sala, cuando la norma dice «*número mínimo de requisitos requerido en el régimen de prima media*», se hace referencia tanto al Acuerdo 049 de 1990, como a la Ley 100 de 1993. En virtud de ello, y como el causante era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resolvió que la situación debía ser definida por lo establecido en el Decreto 758 de 1990. Siguiendo esta normativa, encontró que si bien el causante alcanzó 542.1429 semanas de cotización, sólo 250 corresponden a los 20 años anteriores a la fecha de fallecimiento, de lo que concluyó que no dejó acreditados los requisitos para que sus beneficiarios accedan a la pensión de sobrevivientes.

Resuelto el asunto, de acuerdo con el tema de la densidad mínima de semanas cotizadas, expuso que para decidir integralmente, estudiaba el de la indemnización sustitutiva recibida por el fallecido y se refirió al segundo requisito del párrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en cuanto establece que, cuando el afiliado fallecido no haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos, sus beneficiarios tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes. También reprodujo la parte pertinente del artículo 6º del Decreto 1730 de 2001, reglamentario del 37 de la Ley 100 de 1993, entre otros, que establece la incompatibilidad de las

indemnizaciones de vejez y de invalidez, con esas prestaciones. Con lo anterior, recordó que una vez reconocida la indemnización sustitutiva, de una de esas pensiones, no puede solicitarse el reconocimiento de tales prestaciones económicas, por cuanto las cotizaciones efectuadas con ese fin ya fueron «*gastadas*».

No obstante, agregó que la Corte se pronunció al respecto en la sentencia CSJ SL, 22 may. 2013, rad. 46315, que reiteró la CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 34014, en donde manifestó que «*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 este caso, no se había cumplido el presupuesto objetivo para acceder al derecho, porque no se acreditaron los mínimos requeridos, por ello confirmó el fallo apelado.

#### **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 la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, revoque el fallo de

primer grado y, en su lugar, acceda a las pretensiones de la demanda (f.º 9, cuaderno de la Corte).

Con tal propósito, formula un cargo, por la causal primera de casación, el cual fue replicado y se estudia a continuación.

## **VI. CARGO ÚNICO**

Denuncia la sentencia *«por la vía directa, interpretación errónea del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en armonía con los artículos 1º, 2º, 11, 12, 47, 48, 50, 74, 141, 142, 272 de la Ley 100 de 1993 y, aplicación indebida del 9º (sic) de la Ley 797 de 2003. Art. 48 y 53 de la CN»* (f.º 9, *ibídem*).

Recordó, que una vez que el Tribunal consideró posible el reclamo de la pensión, pese al otorgamiento de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al causante, la negó por no tener las 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al deceso; que no comparte el alcance dado por el *ad quem* al artículo 12 de la Ley 797 de 2003, puesto que el mismo contempla varias hipótesis para acceder al derecho pensional, tales como *«las 50 semanas y la fidelidad (ya declarada inexecutable), pero también la que se acaba de transcribir, es decir, haber satisfecho el número mínimo de semanas cotizadas en el régimen de prima media»*, lo que muestra esa indebida interpretación normativa, al basarse sólo en una de esas hipótesis.

Indicó, que el primer párrafo de la norma mencionada



dice que cuando el afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media, se refiere al régimen de pensión de vejez contemplado en el Acuerdo 049 de 1990 y esta regulación consagra, «en su artículo 9º», como requisito mínimo un total de 500 semanas cotizadas, que:

*[...] no tienen que ser cotizadas en los 20 años anteriores al deceso, tal y como lo consagra de manera diáfana el memorado parágrafo que consigna una densidad mínima de cotizaciones sin restringirla a periodo de tiempo.*

*Es que, si el afiliado tuviere 500 semanas dentro de los 40 y los 60 años y fallece, la muerte le habilita la edad y allí se trataría de un derecho adquirido que él trasmite a sus derechohabientes [...].*

Solicitó que esta Corporación rectifique la actual postura en torno al tema.

## **VII. RÉPLICA**

En respuesta a la demanda de casación, señaló que la sentencia del Tribunal se basó en tres decisiones de la Corte Suprema de Justicia, que son: CSJ SL, 2 feb. 2011, rad. 42187 y las que identifica con radicado «38003 de 2010» y «46315 de 2013», lo que constituye doctrina probable (f.º 18 y 19, cuaderno de la Corte).

## **VIII. CONSIDERACIONES**

El Tribunal fundamentó su decisión en que la norma aplicable para verificar el cumplimiento de requisitos, en el presente caso, es el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, toda vez que el causante era beneficiario del régimen de

transición. De la historia laboral allegada, concluyó que no se hallaba causada la pensión de sobrevivientes, por cuanto el causante no cotizó las semanas requeridas, ya que en toda su vida laboral cotizó 542 semanas, de las cuales sólo 250, lo fueron en los 20 años anteriores a la fecha del fallecimiento.

La censura radica su inconformidad en la interpretación que el Tribunal le dio al parágrafo primero del artículo 12 *ibídem*, porque en su interpretación, la norma indica que «*cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media*», éste hace referencia al régimen contemplado en el Acuerdo 049 de 1990 y siendo así el número mínimo de semanas a cotizar son 500, sin que se deba tener en cuenta si se aportaron durante los 20 años anteriores al fallecimiento.

En ese orden, el debate se circunscribe a determinar si el Tribunal erró al no conceder el derecho pensional, según lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley 797 de 2003 y mismo del Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto, esta Sala ha señalado en reiteradas ocasiones que el régimen de prima media al que hace referencia el parágrafo primero de la pluricitada norma, es el contemplado en la Ley 100 de 1993. Sin embargo, en situaciones como la del presente caso, cuando el causante es beneficiario del régimen de transición, es dable acudir a la norma que lo gobernaba, es decir, al Acuerdo 049 de 1990, toda vez que éste hace parte del régimen de prima media con

prestación definida. Así lo dijo recientemente, en sentencia CSJ SL3955-2018:

*En torno a la correcta intelección del citado precepto, esta Sala de la Corte ha señalado que el régimen de prima media al que allí se hace referencia, además de estar referido expresamente a las pensiones de vejez anteriores y no a las de sobrevivientes, es el contemplado en el Título II de la Ley 100 de 1993 y no el regulado a través del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. Por tal razón, no resulta jurídicamente correcto sostener que, por virtud de la citada norma, quien reúne más de 500 semanas de cotización, de forma pura y simple, deja causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios.*

*Así mismo, se ha sostenido que si el asegurado era beneficiario del régimen de transición instituido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y afiliado a prima media, para los efectos previstos en el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es posible acudir a la densidad mínima de semanas fijadas para obtener pensión de vejez en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. En otras palabras, la Sala siempre ha sido clara en definir que, en los términos de la disposición que se analiza, para acudir a la densidad de semanas establecida respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, es presupuesto indispensable e insoslayable que el afiliado hubiese estado inmerso en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así lo clarificó la Corte en la sentencia CSJ SL, 31 ago. 2010, rad. 42628, al decir:*

*“Ahora bien, importa anotar que la circunstancia de que las normas del Acuerdo 049 de 1990 formen parte del régimen de prima media con prestación definida no significa que todas ellas mantengan vigencia y que desplacen la aplicación de las de la Ley 100 de 1993, pues es claro que tendrán vocación jurídica de ser aplicadas, según el reseñado artículo 31 de ese estatuto, “...con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, esto es, en cuanto no hayan sido derogadas o modificadas por la Ley 100 de 1993.*

*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 parágrafo primero del artículo 12 de 797 de 2003 es el fijado por el artículo 33 de 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. (resalta la Sala).*

Como en el evento que ocupa a la Sala, para la fecha en que entró en vigencia el nuevo sistema general de pensiones, el causante contaba más de 50 años de edad, era beneficiario del régimen de transición y, por ende, se le aplica lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en cuanto a cumplimiento de requisitos, como bien lo concluyó el *ad quem*.

Por tanto, cuando el párrafo referido indica que se deben cumplir los requisitos mínimos del régimen de prima media, se deben observar los establecidos en el artículo 12 de dicho acuerdo:

*ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*

*a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*

*b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.*

Así las cosas, para determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes, el Tribunal aplicó lo dispuesto en el literal *b)* del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y de la historia laboral expedida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, observó que el demandante cotizó 542 semanas en toda su vida laboral, que siendo la fecha de su fallecimiento el 17 de septiembre de 2008, en los 20 años anteriores a tal data, cotizó un total de 250 semanas, por lo que determinó que a la peticionaria no le asistía el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada, pues, como se concluye, Orlando Oquendo Simatave no dejó causado el derecho.

Por lo anterior, no incurrió el Juez colegiado en yerro alguno, por ajustarse a lo expresamente establecido en la norma. Incluso, contrario de lo que alega la censura, las 500 semanas sí deben ser cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o en este caso a la fecha de fallecimiento. Así se ha resuelto en diferentes casos por esta Corporación, verbigracia, en sentencia CSJ SL2040-2018, en la que citó:

*Y cuando la ley habla del número mínimo de semanas en el régimen de prima media para la pensión de vejez, ha precisado la jurisprudencia de la Sala que incluye el caso de las personas en régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cobijadas por los reglamentos del Instituto, esto es, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año que forman parte del régimen de prima media con prestación definida y que comprende las hipótesis de las 1000 semanas de aportes en toda la vida laboral o las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o de la muerte. (Sentencias CSJ SL, 31 de ag. 2010, rad 42628, reiterada en las de 25 en. y 22 feb. 2011, rad. 43218 y 46556 respectivamente).*

*Pero, para acogerse a esta otra forma de acceder a la prestación*

*periódica de supervivencia, según el párrafo en comento, el interesado debe demostrar que cumple los requisitos allí exigidos, esto es, que el afiliado tenía acumulado en su haber los aportes indicados en el régimen de prima media para consolidar el derecho a la pensión de vejez. Y la configuración de esos supuestos es la se echa aquí de menos, pues no se probó en el proceso que el causante hubiera satisfecho las semanas previstas en el régimen de prima media para la pensión de vejez.*

*En efecto, en toda la vida laboral tiene 966 semanas de cotizaciones, y en los 20 años anteriores al fallecimiento sólo acumuló 369,77 semanas de aportes (fls. 20 y 21), por lo que a pesar de ser beneficiario del régimen de transición para vejez, no cumple las exigencias del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 del mismo año.*

Sin más consideraciones, y de acuerdo a lo ya expuesto, el cargo no prospera.

Las costas en el recurso de casación estarán a cargo de la recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de 3.750.000, que se incluirá en la liquidación que el Juez de primera instancia haga conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

## **IX. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 27 de septiembre 2013, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **FABIOLA CHICA DE OQUENDO** contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

Costas como se dijo en la parte motiva.

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

**SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO**

**CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA**

**CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO**