

Casación rad. N° 42578

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Referencia: Expediente No. 42578

Acta No. 08

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil doce (2012).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial de MARTHA ISELA MÁRQUEZ RIZO, quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos PAMELA GISETH y ANDREY JHOAN GALVIS MÁRQUEZ, contra la sentencia de 6 de agosto de 2009, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso ordinario promovido por la recurrente contra el BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A..

I.- ANTECEDENTES.-

1.- La citada ciudadana demandó a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS con el fin en lo que interesa al recurso extraordinario, de obtener el reconocimiento y pago a favor suyo y de sus menores hijos, de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge y padre respectivamente, Oscar Galvis Solano, a partir del 3 de marzo de 2005. Pidió también \$2'470640,00 por concepto de auxilio funerario, la indexación de esa suma, y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por el no reconocimiento oportuno de la prestación periódica, y en subsidio de éstos la indexación de la deuda.

Como apoyo de su pedimento indicó que el causante falleció el 3 de marzo de 2005 por causas violentas de origen común; contrajeron matrimonio el 6 de octubre de 1990 y convivieron hasta la muerte; procrearon dos hijos que al momento del deceso de su padre eran menores de edad. El de cujus era afiliado a BBVA Horizonte desde el 14 de octubre de 1994 y cotizó 112 semanas. Mediante comunicación de 14 de junio de 2005, les fue negado su pedimento por no cumplir con el requisito de fidelidad de cotizaciones al sistema previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Sin embargo, en el año anterior al deceso contabiliza 39 semanas de aportes, por lo que la pensión debe ser concedida con arreglo al artículo 46 de la Ley 100 en su versión original, en aplicación del principio de condición más beneficiosa.

2.- La Administradora de pensiones demandada contestó el libelo, negó la mayoría de los hechos; se opuso a las pretensiones, adujo en su defensa que el afiliado fallecido no tenía la fidelidad de cotizaciones mínima entre la fecha en que cumplió 20 años de edad y la de la muerte, como lo exige el literal b) del numeral 2° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Como

no se generó el derecho a la pensión de sobrevivientes, la prestación correspondiente al auxilio funerario no nace a la vida jurídica, y por ende no puede ser objeto de reclamación. Propuso las excepciones de ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, causa y de derecho, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

3.- Mediante sentencia de 30 de julio de 2008, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Descongestión de Bucaramanga, condenó a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS a pagar la pensión a los actores desde el 3 de marzo de 2005. Condenó a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 13 de julio de 2006. Impuso por concepto de auxilio funerario la cantidad de \$2'281.479,00, que debía ser indexada al momento de su pago.

II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-

El Tribunal de Bucaramanga al conocer en virtud de la apelación de las partes, mediante sentencia de 6 de agosto de 2009, revocó el fallo del Juzgado y en su lugar, absolvió a la Administradora demandada de todos los cargos.

En lo que interesa a los efectos de esta decisión, sostuvo el Juzgador de segundo grado:

“Pues bien, a juicio del tribunal, los cargos hechos por la demandada al referido fallo tienen vocación de prosperidad, pues el precepto legal llamado a gobernar la presente controversia no es otro que la Ley 797 de 2003, artículo 12, norma vigente para el momento de la muerte del afiliado, hecho éste que ocurrió el 3 de marzo de 2005 (fl. 9). Aquí, pues, no cabía ni cabe la aplicación del principio constitucional y legal de la condición más beneficiosa, siendo equivocada la posición del juez a-quo, según la cual por virtud del mismo, era aplicable la disposición anterior a la Ley 797 de 2003, esto es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, antes de la modificación que le fuera introducida en el artículo 12 de la primera ley citada.

“Se reitera, para el 3 de marzo de 2005, día en que murió el afiliado Galvis Solano, la norma aplicable para efectos de la pensión de sobrevivientes, era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y por lo tanto a esa prestación tienen derecho sus beneficiarios siempre y cuando acrediten los requisitos allí exigidos, como son el que el causante hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al deceso, y que tenga una fidelidad al sistema equivalente al 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de fallecimiento, porcentaje que a partir de la sentencia de exequibilidad C-1094 del 19 de noviembre de 2003, quedó reducido a un 20%.

“Así las cosas, la Ley 797 de 2003 al entrar en vigencia desde su publicación el 29 de enero de esa anualidad, es inmediatamente aplicable, en los términos del artículo 16 del C.S. del T., disposición también aplicable a los asuntos de la seguridad social, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, según la cual "Las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato".

“Valga decir además, que para un caso como el que se analiza, no tiene aplicación el criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Suprema en anteriores sentencias sobre el principio de la condición más beneficiosa, pues se trató de situaciones en las que con la expedición del nuevo

sistema integral de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993, que redujo drásticamente el requisito de la densidad de semanas de cotización para acceder a la pensión de sobrevivientes a un número de 26, no era dable y resultaba violatorio de ese postulado consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, abolir las prerrogativas de los derechohabientes originadas por los afiliados que en vigencia de la normatividad anterior habían cumplido con una intensidad de semanas muy superior, esto es, ciento cincuenta (150) en los 6 años anteriores a la muerte o trescientas (300) en cualquier tiempo, conforme a las exigencias de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 del I.S.S., aprobado por el Decreto 758 de 1990”.

El juzgador de segundo grado se apoyó en la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2009, rad. N° 35080 de la cual transcribió apartes.

Luego precisó que conforme a la Historia Laboral obrante a folios 43, 44 y 62, el afiliado fallecido cotizó válidamente desde el momento en que cumplió 20 años de edad –el 21 de agosto de 1983-, hasta su muerte -3 de marzo de 2005-, un total de 125,14 semanas cuando debió haber sufragado como mínimo 221,42, “de lo cual se deduce que en ese periodo, alcanzó un porcentaje de tiempo cotizado inferior al 20% exigido en el artículo 12 del Decreto 797 de 2003.

Finalmente adujo que no teniendo los demandantes derecho a la pensión reclamada, no nace para ellos el derecho al auxilio funerario de que trata el art. 86 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Reglamentario 1889 de 1994.

III.- RECURSO DE CASACIÓN.-

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver previo estudio de la demanda del recurso extraordinario y su réplica.

Pretende el impugnante que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal, y en sede de instancia, pide “CONFIRMAR” el fallo del Juzgado. En subsidio, solicita la casación parcial “en cuanto al Revocar la de primera Absolvió del Auxilio Funerario, para que en SEDE DE INSTANCIA, CONFIRME esa condena de la Sentencia de Primera Instancia”.

Con tal fin formula cinco cargos, así:

CARGO PRIMERO.- La sentencia viola “por la vía directa, interpretación errónea del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en armonía con los artículos 48 y 53 de la Constitución Política 11, 46, 47, 50, 141 y 142 de la ley 100 de 1993”.

En el desarrollo afirma el censor que el principio de progresividad en materia de seguridad social, comporta que un cambio normativo no puede hacer demasiado riguroso el acceso a una determinada prestación de cara al universo de pretensos beneficiarios, dado que se entiende que toda reforma es un avance cualitativo de la base normativa que regula las prestaciones en el entorno del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Agrega que en esa perspectiva, exigir una fidelidad con el sistema tan alta para acceder a la prestación de sobrevivientes, es una fuerte limitante de acceso al derecho, puesto que estas

personas – los derechohabientes, quedan en total desprotección al desaparecer su soporte económico y quien le ayudaba a sobrellevar las cargas espirituales que el diario vivir conlleva y que por tanto, merecen y tienen una especial protección estatal como familia y núcleo esencial de la sociedad.

Señala que “cuando el Tribunal asume que las normativas a aplicar son las de la Ley 797 de 2003 con el ingrediente normativo de la fidelidad al sistema, le está ampliando el alcance a un universo de persona (sic) que en realidad no debe abrigar, y limitándolo a los que, como el asegurado fallecido, si cotizaron las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la muerte y por ello dejan a sus derechohabientes la posibilidad de acceder a la prestación de supervivientes, o que evidencia un equivocado alcance de la disposición jurídica aludida”.

Lo anterior es tan claro que la Corte Constitucional en sentencia C-556 de 2009, declaró inexecutable y por tanto expulsado del ordenamiento jurídico el requisito de fidelidad que consagró el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Por ello, el Tribunal interpretó de manera equivocada el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, al aplicar un requisito que desde otrora se advertía contrario a la Carta de Derechos.

El opositor por su parte sostiene que la interpretación errónea como modalidad de casación, existe cuando el sentenciador de segunda instancia le da a una norma o conjunto de normas, un sentido que no tiene, y en este caso el Tribunal no interpretó el sentido del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por lo que el cargo no puede prosperar.

CARGO SEGUNDO.- “por la vía directa, indebida aplicación del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 e infracción directa de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 1, 2, 3, 7, 11, 38, 40, 141 y 142, 48 y 53 de la Constitución Política”.

En la demostración esgrime el impugnante que de cara a los principios de condición más beneficiosa y progresividad que inspiran e irradian el sistema de seguridad social, en eventos como el presente es dable inaplicar el las nuevas disposiciones y acudir al régimen precedente, “siempre que aquellas resulten más desventajosas para el afiliado que los que reglaba el régimen anterior que lo regía y que, de manera incontrastable, resultan más favorables.

“El principio de condición más favorable comporta, lo ha dicho hasta la saciedad esa Sala, la aplicación del régimen antecedente, siempre que resulte más favorable, a un afiliado que estaba en tránsito de adquirir una prestación del sistema, y por ello, en el caso sub lite, recurrir a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, que regulaban la pensión por sobrevivientes antes de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003 (inaplicable está dos última) (sic), principio que se torna más sólido al armonizarlo con el de progresividad en materia de seguridad social”.

Manifestó el recurrente que en este evento la demandante cumple a cabalidad los requisitos instituidos en la Ley 100 de 1993, esto es, 26 semanas cotizadas dentro del año anterior al deceso, y por ello le asiste pleno derecho a la pensión que reclama.

La réplica sostiene que esta acusación contiene un error de técnica insalvable porque se proponen simultáneamente dos modalidades de casación que son autónomas e independientes, por un lado la aplicación indebida del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y por el otro, la infracción directa de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

CARGO TERCERO.- “por la vía directa, aplicación indebida de la expresión referente a la fidelidad con el sistema contenida artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en armonía con los

artículos 48 y 53 de la Constitución Política, 38, 46, 47, 50, 141 y 142 de la ley 100 de 1993”.

En la sustentación señala el censor que el juzgador de alzada consideró que la demandante no reunía la fidelidad de cotizaciones a que alude la Ley 797 de 2003 en su artículo 12, para hacer merecedores a los beneficiarios de la pensión de supervivientes, lo que permite afirmar que el Tribunal encuentra que sí reúne las 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento.

Expone que el principio de progresividad en materia de seguridad social implica la confrontación de dos regímenes pensionales con la Constitución Política, a fin de determinar si el nuevo violenta los principios tutores de la seguridad social., entre ellos el de progresividad que inspira esa materia.

Precisa que “en esa perspectiva, exigir una fidelidad con el sistema tan alta (un 20% desde la edad de 20 años y hasta la fecha de la muerte) para acceder a una prestación de sobrevivientes, es una fuerte limitante de acceso al derecho, puesto que estas personas como familia y núcleo esencial del Estado merecen una especial protección.

“En cambio, con respecto a la densidad de 50 semanas, aunque aumentó la densidad de cotizaciones, amplió el término para aportarlas y con ello el espectro de potenciales beneficiarios, pues al paso que la norma anterior las exigía para el desafiliado en el año anterior a la muerte, en la actual la amplió a tres, y de esa manera se extiende en universo de pretensos beneficiarios de la prestación para cumplir con uno de los principios de la seguridad social, como es la Universalidad.

“Entonces, cuando el Tribunal asume que las normativas a aplicar son las de la Ley 797 de 2003 con el ingrediente normativo de la fidelidad al sistema, las está aplicando indebidamente porque ese requisito tiene una ostensible contradicción con la Constitución Política, dado que limita el acceso a la pensión de sobrevivientes de un gran número de afiliados que, aunque cotizaron las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez (sic), no cumplieron con la referida fidelidad”.

El opositor esgrime que no se da la predicada aplicación indebida del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, toda vez que era la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado -3 de marzo de 2005-, y en ese entonces era exigible el requisito de fidelidad en la cotización para los riesgos de muerte.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

La Corte procederá al estudio conjunto de estos tres cargos, en atención a que se orientan por la vía directa, atacan similar elenco normativo y persiguen idéntico objetivo.

El Tribunal dio como supuestos fácticos en el sub lite que no se discuten dada la orientación jurídica de los cargos, que el causante falleció el 3 de marzo de 2005; que cotizó entre el 21 de agosto de 1983 y el 3 de marzo de 2005, 125,14 semanas.

1.- El censor cuestiona la decisión absolutoria del Tribunal, porque en su criterio la pensión suplicada debió concederse con fundamento en el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, que exigía para el afiliado que se encontrara cotizando, 26 semanas de aportes al momento de la

muerte, en aplicación del principio de condición más beneficiosa.

Al respecto se ha de indicar que como lo tiene establecido 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.

En este caso, en atención a que el causante falleció el 3 de marzo de 2005, el derecho de los beneficiarios a la prestación de supervivencia está gobernado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, disposiciones acertadamente aplicadas en la sentencia gravada.

Frente a los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes señala el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que tendrán el derecho:

“... ”

“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

“a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

“...”. (Se ha de tener en cuenta que por sentencia c-1094-03, el porcentaje se redujo al 20% y por la c-556 de 2009 fue declarado inexecutable).

En el sub lite es claro que el causante si bien cotizó más de 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento, no cumplió con el porcentaje de fidelidad de cotizaciones al sistema entre la fecha en que cumplió 20 años de edad y la de la muerte, pues en ese lapso acreditó sólo 125,14 cuando debió sufragar mínimo 221,42, por lo que no satisface las exigencias de la normatividad que gobierna la controversia, para que los demandantes pudieran acceder a la prestación periódica de supervivencia.

La fidelidad de cotizaciones al sistema era exigible en este caso, puesto que la sentencia de la Corte Constitucional C-556 de 2009 que declaró inexecutable tal requisito fue dictada el 20 de agosto de ese año con efectos hacia el futuro, pues en su parte resolutive no se previó que tuviese efectos retroactivos.

Ahora bien, no puede accederse al derecho deprecado en aplicación del parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 modificadorio del 46 de la Ley 100 de 1993, puesto que no se demostraron los supuestos normativos allí previstos, dado que el afiliado no cotizó el número mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la prestación por vejez. En efecto, en toda su vida laboral cotizó 125,14 semanas, pues ingresó al régimen de pensiones el 21 de mayo de 1987 (fl. 22).

2.- Por lo demás, no es procedente la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues acorde con el criterio de esta Sala de la Corte asentado en fallo de 3 de diciembre de 2007, rad. N° 28876, cuando la muerte del afiliado acontece en vigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es esta la normatividad aplicable para efectos de dirimir el derecho a la pensión de

sobrevivientes; esa postura fue reiterada en sentencia de 28 de mayo de 2008 rad. N° 30064. En la primera de las decisiones citadas, puntualizó la Sala:

“En ese orden, se impone afirmar que el fallador de alzada incurrió en los desaciertos jurídicos que le atribuye la censura, al resolver el asunto con base en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, puesto que, sin duda alguna, al momento del fallecimiento de LLANOS TOLE <31 de julio de 2003>, la normatividad aplicable para efecto de la sustitución pensional, era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que inició su vigencia el 29 de enero de tal anualidad, que estableció como requisito que el afiliado al sistema que fallezca, debía haber cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, con una fidelidad de cotización del 20% en el tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento – sentencia C-1094 de 2003.

“Así las cosas, le asiste razón a la censura en cuanto a que en el presente asunto, no tiene aplicación el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de dicho año, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, por lo que el ad quem incurrió en el error jurídico que indica en impugnante”.

El principio de la condición más beneficiosa en materia pensional ha tenido extensa aplicación por parte de la jurisprudencia, respecto a aquellas personas que habiendo cumplido con un nivel elevado de cotizaciones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, (150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, ó 300 semanas en cualquier época con anterioridad a ese estado) tal como lo determinaba el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 del I.S.S., no cumplían con las 26 semanas para el momento de la invalidez o de la muerte exigidas por la Ley 100 de 1993, pero en razón a que se consideró que la nueva legislación traía una exigencia menor en número de cotizaciones respecto de la legislación anterior.

Sin embargo, esta no es la situación que surge en el evento de la Ley 797 de 2003 frente al artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, por cuanto esta última exigía niveles de densidad de cotizaciones bajos para acceder a la pensión de sobrevivientes en relación con los más exigentes pretendidos por el legislador en la nueva disposición.

Adicionalmente, el principio de condición más beneficiosa no es una patente de corso que habilite a quien no cumple los requisitos de la normatividad que le es aplicable, a efectuar un búsqueda histórica en la legislaciones anteriores para ver cual se ajusta a su situación, pues, esto desconoce el principio según el cual las leyes sociales son de aplicación inmediata y en principio rigen hacia el futuro.

Esta Corporación en sentencia de 9 de diciembre de 2008 rad. N° 32642, reiterada en las de 16 de febrero de 2010 rad. N° 39804 y 15 de marzo de 2011 rad, N° 42021, precisó:

“... 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 que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable conforme a las reglas generales del derecho ... Lo que no puede el juez es desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la Ley 100 de 1993 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. He allí la razón por la

cual la Corte se ha negado a aplicar la condición más beneficiosa en los procesos decididos por las sentencias del 3 de diciembre de 2007 (rad. 28876) y 20 de febrero de 2008 (rad. 32.642)".

3.- Finalmente, en lo relacionado con el principio de progresividad en materia de seguridad social, resulta oportuno recordar las enseñanzas de la Sala plasmadas en sentencia de 2 de septiembre de 2008, rad. N° 32765:

"... no desconoce la Sala la obligación de progresividad con que el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, la cual como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema.

"El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a la anterior, no puede responder a una mera racionalidad del interés individual que se examina, sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social, debe atender la dimensión colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como de los que se deben ofrecer mañana.

"Según señalan los convenios internacionales que fundan la seguridad social, ésta debe entenderse como una economía del bienestar justa que comprenda a las generaciones presentes, pasadas y futuras. A manera de ilustración, el numeral 3° del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999 establece que '3. Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada'.

"La deliberada voluntad del legislador en las reformas introducidas al sistema pensional con las leyes 797 y 860 de 2003, propenden a asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo".

Por las razones anteriores, no prosperan los cargos.

CARGO CUARTO.- Acusa la sentencia por vía indirecta, por "aplicación indebida de los artículos 57 de la ley 2ª de 1984, 28 y 29 de la ley 712 de 2001, a consecuencia de lo cual se infringieron directamente los artículos 46, 47, 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993. Artículos 42, 48, 48, 53 y 58 de la C.N.".

Cita como errores evidentes de hecho:

"1.- No dar por demostrado, siendo evidente, que en el recurso de apelación solo se planteó el asunto de que el asegurado había cotizado 26 semanas en el año anterior al deceso.

"2.- Dar por demostrado, sin estarlo, que la apoderada del seguro social (sic) cuestionó la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, base del fallo de primera instancia".

Denuncia como erróneamente apreciado el escrito de folios 51 a 54, que contiene la sustentación de la apelación.

En el desarrollo de la acusación asevera el impugnante luego de transcribir los artículos 66 y 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el último de ellos adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que “una desprevenida lectura del escrito con que la apoderada del Instituto demandado (sic) pretendió la sustentación del recurso de apelación, permite colegir que allí el impugnante circunscribió el recurso única y exclusivamente a los siguientes puntos:

“1. Al no cumplimiento del asegurado con el requisito de fidelidad contemplado en la ley 797 de 2003.

“Nada más dijo el apoderado de la entidad demandada para rebatir la decisión del juzgado que se había apuntalado en el principio de la condición más beneficiosa, al punto que transcribió jurisprudencia de la Corte sobre ese tópico.

“Es que la apoderada del ISS (sic) tenía la carga procesal de rebatir y cuestionar el argumento en que se había apuntalado la sentencia del A quo, para que su acusación fuera eficaz, de cara al principio de congruencia que opera para el juzgador de segunda instancia”.

El replicante aduce que en esta acusación incurre el censor en un yerro de técnica insalvable porque propone simultáneamente la violación de la ley por vía directa y por la indirecta, y ello es imposible porque son incompatibles.

V.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

Se ha de precisar que los folios que cita el censor no corresponden al escrito de apelación, que por lo demás no fue presentado por el Instituto de Seguros Sociales sino por la administradora de pensiones BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías que es la aquí demandada.

Pero aún si se pasaran por alto esas imprecisiones, el cargo de todas maneras no tiene vocación de prosperidad. Se advierte en el escrito de sustentación de la alzada, que la convocada a proceso propugna por la solución de la controversia a la luz de la normatividad vigente al momento del deceso del causante, esto es, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y de allí se deriva que implícitamente estaba en desacuerdo con la aplicación que hizo el juzgador A quo de ese artículo 46 en su versión original, con invocación del principio de condición más beneficiosa. Por lo tanto, no le asiste razón al impugnante en su queja.

Y es que independientemente de lo anterior, la acusación al fallo gravado que contiene el cargo resulta de todas formas intrascendente, pues en virtud del principio de derecho procesal *iuris novit curia* el juzgador quien es el que conoce el derecho, debe aplicar la norma que regula la controversia aunque no haya sido la invocada por las partes. Esto es, en el sub lite no se afecta la consonancia cuando el juez aplica el precepto legal que gobierna el pleito a pesar de que no hubiera sido el citado por el recurrente en la apelación, pues ello no implicaría modificación en las materias objeto del recurso.

El cargo no prospera.

Respecto del alcance subsidiario propone el:

CARGO QUINTO.- Acusa la sentencia “por la vía directa, aplicación indebida del artículo 12

de la ley 797 de 2003, lo que condujo a la infracción directa del artículo 86 de la ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 48 y 53 de la Constitución Política 1, 2, 3, 7, 11, 38, 40, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993”.

En el desarrollo manifestó el impugnante que el Tribunal respecto del auxilio funerario consideró que al no existir el derecho a reclamar la pensión, tampoco era posible adquirir el auxilio funerario. Sin embargo, de la simple lectura del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 –que transcribe-, surge que “allí se modificaron los requisitos para que los beneficiarios accedan a una pensión de sobrevivientes, pero nada se dijo de lo que tiene que ver con el auxilio funerario por ello, al querer el tribunal aplicarle similares requisitos a la pensión que al auxilio funerario, indudablemente que está aplicando indebidamente esa normativa que, se insiste, gobierna los requisitos para acceder a la pensión, pero no para el cubrimiento del auxilio funerario que es una prestación distinta y por supuesto regulada también en otra norma”. Y se refiere a los artículos 51 y 68 de la Ley 100 de 1993.

La réplica esgrime que en casación no puede haber cargos subsidiarios, todos son principales. Añade que el sentenciador no incurrió en la indebida aplicación del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, porque era la norma aplicable al caso controvertido, por ser la vigente al momento del fallecimiento del causante. Y si no se causó la pensión de sobrevivientes, los beneficiarios tampoco tenían derecho al reconocimiento del auxilio funerario que se encuentra consagrado en el artículo 86 de la Ley 100 de 1993.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

Se ha de precisar que el recurrente no formuló un cargo subsidiario, sino que la acusación quinta se refiere al alcance subsidiario o pretensión subsidiaria de la demanda de casación, por ello no le asiste razón al opositor.

Se equivoca el Tribunal cuando estima que para efectos del auxilio funerario es menester demostrar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes y que este derecho se haya estructurado de conformidad con los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

El auxilio funerario fue previsto en los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993: la primera de las disposiciones regula el derecho en el régimen de prima media y la segunda en el de ahorro individual, que es el que aquí interesa.

Dice el artículo 86 de la Ley 100 de 1993:

“La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

“El auxilio deberá ser cubierto por la respectiva administradora o aseguradora, según corresponda.

“Las administradoras podrán repetir contra la entidad que haya otorgado el seguro de

sobrevivientes respectivo, en el cual se incluirá el cubrimiento de este auxilio.

“La misma acción tendrán las compañías de seguros que hayan pagado el auxilio de que trata el presente artículo y cuyo pago no les corresponda por estar amparado este evento por otra póliza diferente”.

Ese precepto fue reglamentado por el artículo 4° del Decreto 876 de 1994, en los siguientes términos:

“Auxilio funerario. En desarrollo de lo previsto en el artículo 86 de la Ley 100 de 1993, la persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado tendrá derecho a que la respectiva sociedad administradora le cancele, con cargo a sus propios recursos, el auxilio funerario de que trata dicho artículo. La administradora podrá, a su turno, repetir tal pago contra la entidad aseguradora de vida que hubiere expedido el correspondiente seguro de sobrevivientes.

“...

“Las sociedades administradoras o entidades aseguradoras, según corresponda, deberán cancelar el auxilio funerario dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual se les suministren los documentos mediante los cuales se acredite el pago de los gastos de entierro de un afiliado o pensionado.

“Parágrafo.- Se considerarán pruebas suficientes para acreditar el derecho al auxilio funerario, entre otras, la certificación del correspondiente pago y la prueba de la muerte conforme a lo previsto en la ley”. (Es de advertir que el Decreto 876 de 1994 fue derogado por el artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, pero regula el sub lite en cuanto el fallecimiento del causante ocurrió el 3 de marzo de 2005).

De las normas recién transcritas se desprende que el auxilio funerario fue consagrado en la Ley 100 de 1993 como una prestación económica autónoma y en esa medida independiente de la pensión de sobrevivientes. Es decir, que en la regulación del sistema general de pensiones tiene derecho a reclamar ese beneficio quien demuestre que ha cubierto los gastos de exequias del afiliado o pensionado, pues los únicos requisitos que contempla el artículo 4° del Decreto 876 es acreditar el pago y la prueba de la muerte conforme a lo previsto en la ley. No se exige entonces, que se demuestre la calidad de beneficiario en los términos requeridos para la pensión de sobrevivientes, como tampoco un determinado número de aportes ni fidelidad de cotizaciones al sistema de pensiones.

En otras palabras, no es requisito sine qua non para reclamar el auxilio funerario, que se haya causado el derecho a la pensión periódica de supervivencia, y tendrá derecho al beneficio cualquier persona que demuestre haber sufragado los gastos de exequias del afiliado o pensionado, sin que requiera demostrar su vocación a ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes ni vínculo de parentesco con el causante.

Ahora bien, el artículo 18 del Decreto 1889 de 1994 previó:

“Auxilio funerario. Para efectos de los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993 y en Sistema General de Riesgos Profesionales, se entiende por afiliado y pensionado la persona en favor de quien se hicieron las cotizaciones que originaron el derecho a la pensión”.

Del contenido de este precepto no se infiere lo que adujo el Tribunal en el sentido de que se debía tener derecho a la pensión de supervivientes para acceder al auxilio funerario, sino que la norma en comento busca precisar que el derecho opera con ocasión de la muerte del afiliado o pensionado en favor de quien se vertieron los aportes al sistema, esto para significar que no hay lugar al auxilio cuando el fallecido es el beneficiario de las prestaciones en los eventos de sustitución o de pensión de sobrevivientes.

El Consejo de Estado al pronunciarse en una acción de nulidad contra esta disposición, en sentencia de 6 de abril de 2001, rad. N° 3819-04, sostuvo:

“Por su parte, en una misma línea de concordancia, la norma acusada reitera y precisa quiénes son destinatarios de la prestación aludida, toda vez que menciona las dos categorías señaladas en la ley precitada, vale decir, afiliados y pensionados y si bien es cierto esa disposición también prevé que el pensionado es la persona a favor de quien se hicieron las cotizaciones que dieron lugar a la pensión, ello no implica ni puede interpretarse como una exclusión del otro beneficiario es decir del afiliado, ni que el Auxilio Funerario solo tiene como causa las cotizaciones de quien se encuentre pensionado, pues una interpretación en tal sentido sería desconocer los términos de las disposiciones que la propia norma demandada menciona, estos son los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993, los cuales disponen que el Auxilio Funerario se reconoce en equivalente al último salario base de la cotización o al valor correspondiente a la última mesada pensional, según se trate de afiliado o de pensionado y no puede el referido auxilio ser inferior a cinco (5) salario mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

“En este punto cabe señalar que le asiste la razón a la apoderada de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuando manifiesta:

'...

'Lo que sí hizo el decreto reglamentario fue aclarar que para los dos eventos en que procede el pago del auxilio funerario, esto es para el caso de los afiliados y de los pensionados, se entiende por uno y por otro la persona a favor de quien se hicieron las cotizaciones que originaron el derecho a la pensión. **Y lo hizo para efectos de aclarar que no procede el auxilio funerario por muerte de un familiar o beneficiario de un afiliado o pensionado, sino solamente por éste último.**

'Ello es así, tanto que cuando se produce una sustitución pensional, a favor por ejemplo del cónyuge supérstite de un pensionado, y después de un tiempo ese cónyuge muere, no se reconoce auxilio funerario por la muerte del cónyuge supérstite, como quiera que cuando murió el causante de la pensión inicial se reconoció el pago del auxilio funerario **y porque las cotizaciones que dan derecho al reconocimiento de la prestación las efectuó el causante inicial de la pensión y no su cónyuge supérstite.** Es en este punto en donde la norma acusada hace su énfasis.

'...' (Subrayas y negrillas fuera del texto)”.

Por último, nada impide que en el evento en que no se estructure el derecho a la pensión de sobrevivientes las aseguradoras con las que se contraten los seguros previsionales respondan únicamente por el auxilio funerario, cuando haya lugar, en los términos de los artículos 3° y 4° del Decreto 876 de 1994, y hoy con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, artículo 2.31.1.6.3 y s.s..

Así las cosas, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 12 de la ley 797 de 2003 por lo que el cargo prospera y en consecuencia, el fallo será parcialmente casado en cuanto revocó la condena al auxilio funerario.

En sede de instancia, son suficientes los argumentos expuestos en sede de casación para confirmar la condena dispuesta por el Juzgador A quo en el ordinal tercero del fallo y en la forma y cuantía allí dispuesta, por no haber sido estos aspectos objeto de controversia en la apelación.

Sin costas en casación dada la prosperidad de la quinta acusación. Costas de las instancias en un 80% a cargo de la parte demandante.

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 PARCIALMENTE la sentencia de 6 de agosto de 2009, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso ordinario promovido por MARTHA ISELA MÁRQUEZ RIZO, quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos PAMELA GISETH y ANDREY JHOAN GALVIS MÁRQUEZ, contra el BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en cuanto revocó la condena por concepto de auxilio funerario. No la casa en lo demás. En sede de instancia, confirma, el ordinal tercero del fallo de 30 de julio de 2008, del Juzgado Primero Laboral de Descongestión del Circuito de Bucaramanga.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN
ECHEVERRI BUENO

RIGOBERTO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
MONSALVE

CARLOS ERNESTO MOLINA

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ
GALLEGO

CAMILO TARQUINO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

