

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Magistrado ponente

SL11647-2014

Radicación n. °51479

Acta 023

Bogotá, D. C., dos (02) de julio de dos mil catorce (2014).

AUTO

En atención a la petición elevada conjuntamente, tanto por el Vicepresidente Jurídico y Secretario General de la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, como por el Director Jurídico Nacional del Instituto de Seguros Sociales, téngase como sucesora procesal del extinto Instituto a dicha Administradora, en los términos del artículo 60 del C.P.C., aplicable a los procesos laborales y de la Seguridad Social, por expresa remisión del artículo 145 del C.P.L. y la S.S.

SENTENCIA

Resuelve la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por **DORIS HENAO GARAY** contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali, el 31 de enero de 2011, dentro proceso que promovió la recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**.

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, Doris Henao Garay demandó al ISS, para que fuera condenado al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, junto con el retroactivo de las mesadas causadas a partir del 12 de enero de 2003, las adicionales de junio y diciembre, los intereses de mora o, en su defecto, la indexación de las sumas adeudadas.

Fundamentó sus pretensiones en que el 15 de julio de 1978 contrajo nupcias con el afiliado Santiago de Jesús Henao Gaitán, quien falleció el 12 de enero de 2003; que el 11 de marzo de 2009 reclamó al demandado la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada mediante Resolución No.12859 de 31 de julio del mismo año, con fundamento en que el causante no dejó consolidado el derecho por no haber cotizado 26 semanas antes de su deceso, no obstante, que en el mismo Acto Administrativo el ISS admitió que el señor Henao Gaitán cotizó 521 semanas desde el 23 de octubre de 1984 y 30 de octubre de 1994, lo que significa que había cotizado más de 300 antes del 1° de abril de 1994; que en la vía administrativa no fue controvertido el tema de la convivencia, que agotó el recurso de apelación contra la resolución mentada, sin obtener respuesta alguna.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría, sin embargo, aclaró que al contestar la reclamación administrativa «no se pronunció sobre la convivencia... porque no tuvo necesidad de dar una valoración a través de la resolución, porque sólo fue necesario el estudio de las semanas cotizadas dentro del tiempo exigido por la ley, obteniendo como resultado la negativa de la prestación económica». Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En virtud del Acuerdo PSA010-7185 del 29 de septiembre de 2010, prorrogado por el PSA010-6502, el Juzgado Cuarto Laboral Adjunto de Cali, mediante sentencia del 16 de noviembre de 2010 absolvió al ISS de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y dejó a cargo de la actora las costas.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la demandante, el proceso subió al Tribunal Superior de Cali, Corporación que mediante la sentencia censurada confirmó la decisión del a quo, imponiendo costas por la alzada apelante.

En lo que interesa al recurso de casación el Tribunal señaló que «En ese orden de ideas, es de obligatoria aplicación el principio de la condición más beneficiosa previsto por el artículo 53 de la Constitución Política dado que con anterioridad al 1° de abril de 1994 se cumple con el presupuesto de cotización exigido por el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, sin embargo, no se demuestra en el plenario que la demandante haya convivido con el causante por menos dos (2) años con antelación a su fallecimiento como lo prevé el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, requisito ineludible que no se puede pasar por alto para la obtención del derecho».

Empero, a reglón seguido agregó que no se podía suponer o admitir que el mentado requisito de la convivencia se encontraba acreditado por el simple hecho de no haber sido objeto de discusión dentro del plenario o porque ello no fue controvertido por el ISS al expedir la Resolución No. 12859 de 2009, como lo afirmaba la actora en su demanda, y sobre lo cual había respondido la entidad demandada que así ocurrió, «porque no tuvo necesidad de dar una valoración a través de la resolución, porque solo fue necesario el estudio de las semanas cotizadas dentro del tiempo exigido por la Ley, obteniendo como resultado la negativa de la prestación económica», de ahí que le atribuyera inactividad probatoria por no acreditar la convivencia.

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

Con la demanda que lo sustenta pretende que la Corte case la sentencia recurrida para que en instancia «CONDENE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con fundamento en la condición más beneficiosa, al pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora DORIS HENAO GARAY en calidad de cónyuge supérstite, desde la fecha de fallecimiento del señor SANTIAGO DE JESÚS HENAO GAITÁN, así como al pago de los intereses moratorios...»

Con tal propósito formula dos cargos, replicados oportunamente.

PRIMER CARGO

Por la vía directa acusa la aplicación indebida del artículo 47 de la Ley de 100 de 1993, «que condujo a la infracción directa del art. 288 de la ley 100 de 1993 y del art 27 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en relación con los artículos 6 y 25 de ésta última preceptiva y el art. 53 supralegal».

Asevera con fundamento en la sentencia de casación con radicación 24.131 de 2005, que la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en tratándose de pensiones de sobrevivientes de origen común, se da «...en situaciones de hecho que recrean la cotización de cuando menos 300 semanas al sistema pensional antes del 1 de abril de 1994 a cargo de fallecido, sean sustraídas de las reglas de la Ley 100 de 1993 no obstante su vigencia al momento del deceso, para que en cambio las reglas aplicables sean las del acuerdo 049 – decreto 758 de 1990, particularmente los artículos 6 y 25;» con sujeción al artículo 53 constitucional. De ahí que no tuviera nada que ver por ser impertinente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Seguidamente afirma que el asunto bajo examen debió ser dirimido por el Tribunal conforme los parámetros de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990 que posibilitan acceder a la pensión de sobrevivientes cuando el fallecido deja cotizadas 300 semanas, máxime si se tienen en cuenta hechos indiscutidos como el fallecimiento del causante Santiago Henao Gaitán el 12 de enero de 2003, las 300 semanas que dejó cotizadas antes del 1° de abril de 1994 y el vínculo religioso con la demandante.

Agrega, que si bien los artículos 27 y 47 del Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, respectivamente, regulan lo concerniente a los beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes de origen común, el Tribunal debió dar aplicación en el caso concreto a la primera disposición, no solo por contener prescripción expresa sobre la materia, «sino además y preponderantemente por estar contenido en el cuerpo en el cuerpo normativo a que por su generosidad remite el principio de la condición más beneficiosa», pues, de haberlo así aplicado, hubiera sido próspera la declaración de las pretensiones de la demanda, sin embargo, que al entremezclar las dos normatividades, al tomar para determinar la existencia de las cotizaciones «el artículo 6 y 25 del acuerdo 049 - decreto 758 de 1990 hallando acreditadas las 300 semanas en el caso particular» y para establecer los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes «el art. 47 de la Ley 100 de 1993, declarando la negación de las súplicas por no acreditarse dentro del proceso los dos últimos años de convivencia entre la peticionaria y el causante, por cierto, cónyuges», de donde vulneró el artículo 288 de la misma Ley 100 de 1993.

En síntesis, que el error «in iudicando» señalado fue la causa eficiente del sentido de la resolución del caso, ya que de haber considerado el sentenciador que de cara al artículo 27 del citado acuerdo, únicamente bastaba acreditar la calidad de cónyuge superviviente para acceder a la pensión de sobrevivientes- sin exigencia de mínimo tiempo de convivencia-, asociado al igualmente verificado e incuestionable hecho que el causante dejó cotizadas 300 semanas al sistema pensional antes del 1° de abril de 1994.

SEGUNDO CARGO

Por la vía indirecta acusa la violación del «artículo 53 superior; el artículo 6 y 25 del acuerdo 049 de 1990 y el art. 47 de la Ley 100 de 1993, en la modalidad de aplicación indebida, por error de hecho en la apreciación deficiente de la Resolución No. 12859 de 2009 emitida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES».

Afirma que debido a la indebida apreciación de la Resolución No.12.859 de 2009, el Tribunal incurrió en el siguiente error de hecho:

...no dar por acreditado, estándolo debidamente demostrado, que el demandado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES negó en su resolución el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la peticionaria con el único y exclusivo argumento de no haber cotizado el causante al sistema pensional 26 semanas dentro del año anterior a su deceso, y que en cambio, nada discutió tal ente a propósito de la calidad de cónyuge superviviente de aquella con respecto al fallecido, ni de la convivencia de que da cuenta esa resolución con apego a diligencias administrativas fue continua desde la fecha del matrimonio hasta la del deceso. (Sic).

En la demostración asevera que en tal yerro incurrió el Tribunal, luego de hacer el siguiente razonamiento: En ese orden de ideas, es de obligatoria aplicación el principio de la condición más beneficiosa previsto en el artículo 53 de la Constitución Política dado que con anterioridad al 1° de abril de 1994 se cumple el presupuesto de cotizaciones exigido por el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo, sin embargo, no se demuestra en el plenario que la demandante haya convivido con el causante por menos dos (2) años con antelación a su fallecimiento como lo prevé el artículo 47 de la Ley 100 de 1990, requisito ineludible que no se puede pasar por alto para la obtención del derecho. Al respecto no puede la sala suponer o admitir que el mentado requisito se encuentra acreditado por el simple hecho de no haber sido objeto de discusión dentro del plenario o porque ello no fue controvertido por el ISS al expedir la resolución No. 12859 de 2009 como lo afirma la demandante en el hecho 8 de la demanda, sin que sobre decir que al contestar el hecho, la entidad de Seguridad Social manifestó no haberse pronunciado sobre la convivencia “porque no tuvo necesidad de dar una valoración a través de la Resolución, porque solo fue necesario el estudio de las semanas cotizadas dentro del tiempo exigido por la ley, obteniendo como resultado la negativa de la prestación económica”, el cual lo condujo a incurrir en los sub errores consistentes en negar la convivencia entre el causante y la peticionaria desde la fecha del matrimonio hasta el deceso, y dar por sentado que en la resolución mentada no hubo valoración alguna en cuanto a la convivencia, a pesar de estar demostrado y acreditado en el mismo documento, que en la actuación administrativa seguida por el ISS, la pensión le fue negada a la peticionaria «con el único argumento de no haber cotizado el causante 26 semanas anteriores al año de su muerte,

hecho que con retinta relieves aquel en la resolución, y que nunca tal negativa estribó en punto de controversia ninguna a propósito de la convivencia entre uno y otro». En otras palabras, que mientras el ISS había negado la pensión de sobrevivientes con base en la ausencia de semanas cotizadas, el Tribunal la negó ante la falta de prueba que acreditara la convivencia entre el causante y la actora.

Concluye su argumentación diciendo que de haber tenido por demostrado en la sentencia que la negativa del ISS en reconocer la prestación de sobrevivientes a la peticionaria, lo fue exclusivamente por la ausencia de cotización de 26 semanas en el año anterior al deceso del causante, hubiese en aplicación de los artículos 6 y 25 del acuerdo 049 de 1990, declarado la prosperidad de las pretensiones, por ser tales preceptos los llamados a componer el litigio, desechando de paso, la aplicación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

LA RÉPLICA

Afirma que los argumentos de la censura no tienen entidad suficiente para quebrar la sentencia, en tanto el causante no había cumplido con el mínimo de las cotizaciones exigidas por las normas vigentes al momento del deceso, refiriéndose al artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los dos cargos se analizan de manera conjunta, pues aun cuando están dirigidos por diferente vía, buscan demostrar un mismo propósito, como es, desvirtuar que en el sub examen la convivencia no es un presupuesto para acceder a la pensión de sobrevivientes, a la luz del Acuerdo 049 de 1990.

Para resolver el fondo de los cargos resulta necesario precisar, por ser además supuestos fácticos sin discusión, que el causante Santiago de Jesús Henao Gaitán (q.e.p.d.) al momento de su fallecimiento (12 de enero de 2003) era afiliado más no pensionado, que cotizó al ISS por lo menos 491 semanas con anterioridad al 1º de abril de 1994 y que contrajo matrimonio por el rito religioso con la demandante.

Partiendo de esas premisas, y teniendo en cuenta la tesis de esta Corporación en torno a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia pensional respecto de 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 6º 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.

En ese orden, se impone a la Corte establecer si a pesar de haber invocado dicho principio y encontrado satisfecho el requisito de la densidad de cotizaciones por el causante a la luz del acuerdo 049 de 1990, el Tribunal se equivocó al aplicar al caso sub judice el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, relacionado con la acreditación de la convivencia de la demandante con el causante de por lo menos los dos (2) años anteriores a su deceso, la que al no encontrar acreditada lo condujo acertadamente a negar la prestación solicitada, ya que a juicio de la censura cuando se aplica el mentado principio debe utilizarse en su integridad la normatividad anterior, refiriéndose al mentado acuerdo.

Para derribar los argumentos expuestos por la censura, basta traer a colación los razonamientos expuestos por esta Sala en sentencia CSJ SL, 23 feb.2010, rad. 36892, en la cual se indicó que (...) no es cierto que en los eventos en que el fallecimiento del afiliado ocurra en vigencia del artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, sin cumplir el requisito mínimo de semanas de cotización allí previsto, y que por excepción el operador judicial acuda al principio de la condición más beneficiosa y otorgue la prestación con base en los requisitos de cotización previstos en el régimen anterior, **esto se traduzca automáticamente en que para determinar la condición de beneficiario se acuda a dicho régimen, pues por ser excepcionalísima esa aplicación ultraactiva de la norma, las demás condiciones y requisitos de la prestación por regla general deberán ser determinados bajo la legislación vigente a la muerte. La aplicación del régimen anterior para efectos de la convivencia, ha sido aceptado por la jurisprudencia en situaciones muy especiales cuando se trata de transmisión de derechos por la muerte de un pensionado por vejez o invalidez, que no es aquí el caso.** Criterio que ha sido reiterado entre otras en la sentencias CSJ SL, 2 ago. 2010, rad. 37.908 y CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 44.020.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la censura, el debate que abrió el Tribunal acerca de la falta de acreditación de la convivencia entre la peticionaria y el causante de por lo menos dos (2) años, que no encontró acreditada llevándolo a denegar, con fundamento en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes solicitada, no fue desacertado, en la medida en que, si bien, ese aspecto no fue objeto de debate en la sede administrativa, como lo aceptó el demandado al responder el hecho octavo de la demanda y expresar que «no se pronunció al respecto porque no tuvo necesidad de dar una valoración a través de la resolución, pues el objeto de estudio había sido la densidad de cotizaciones dentro del tiempo exigido por la ley», dicho presupuesto debió ser indiscutiblemente examinado por los sentenciadores de instancia, como en efecto ocurrió, pues en manera alguna podía afirmarse que era hecho superado, que quedaba sustraído del pleito o que se tenía por aceptado por no haber sido expresamente propuesto al desestimarse la reclamación de la actora en la dicha sede administrativa.

A ese respecto, cabe traer a colación lo asentado por la jurisprudencia de la Sala sobre tal aspecto en sentencia SL5472 del 26 de mar. de 2014, rad. 49460, en los siguientes términos:

“(...) es lo cierto que el juez de la alzada no aplicó indebidamente los artículos que regulan los aspectos probatorios del proceso indicados en la proposición jurídica del cargo, y mucho menos como resultado de ello infringió directamente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, al considerar como parte del debate judicial el supuesto de hecho de esta última preceptiva la acreditada convivencia o vida marital de la compañera permanente con el causante por lo menos dos años antes de su muerte, y de no tenerlo como excluido por no haber sido aducido expresamente por el ente de seguridad social al dar respuesta a la reclamación pensional que ésta le hiciera, mediante la Resolución número 000156 de 2000, cuya copia obra a folio 5 del expediente, en la cual aludió explícitamente a su negativa con fundamento en la mora patronal en el pago de los aportes a cuenta del trabajador.

“Y ello es así, por ser claro que una cosa es el trámite de orden administrativo que involucra la petición pensional y su posible resolución ante las administradoras de riesgos pensionales de vejez, invalidez y muerte, y otra el marco de la pretensión pensional en curso del proceso judicial, de forma tal que si bien aquél se erige en un requisito de procedibilidad del segundo, ello no se traduce en que los argumentos jurídicos o fácticos que allí se planteen por el peticionario para provocar el pronunciamiento positivo de la administradora de riesgos, o los que

ésta invoque para denegar el derecho reclamado tengan carácter definitivo, de cosa juzgada, o produzcan el efecto del silencio positivo administrativo, como parece entenderlo la recurrente, tal y como pasa a verse.

“Para ese efecto cabe recordar que el artículo 19 del Decreto 654 de 1994, dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por artículo 139 de la Ley 100 de 1993, particularmente la de establecer el régimen jurídico y financiero de las sociedades administradoras de fondos de pensiones, entre las cuales queda comprendido el Instituto de Seguros Sociales, A.R.L., previó que el Gobierno Nacional establecería los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso el término para tal efecto excediera de cuatro (4) meses.

“Por su parte, el artículo 4º de la Ley 700 de 7 de noviembre de 2001 estableció que los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, entre ellos el mismo ente de seguridad social mencionado, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.

“Que el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), por su lado, en materia de resolución de peticiones de carácter administrativo dispuso en su artículo 6º que éstas se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo, y que cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se debe informar tal hecho al interesado, expresándole los motivos de la demora y señalándole la fecha en que se resolverá o dará respuesta; y en su artículo 33 que si la petición es presentada ante un funcionario que no es el competente para resolverla, éste deberá informarlo en ese mismo acto al interesado o dentro de los diez (10) días siguientes si ésta se presentó por escrito, caso en el cual deberá remitirla al que considere competente y el término para decidir se ampliará en diez (10) días. Disposiciones todas ellas que, guardadas proporciones, se tratan en los artículos 13 a 23 y 83 a 86 de la Ley 1437 de 2001, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que reemplaza en su vigencia el referido Código Contencioso Administrativo.

“Preceptivas que igualmente, en su contexto, permiten asentar que las reclamaciones pensionales, como variedad que son del derecho de petición, tienen por objeto provocar la manifestación de voluntad de la administradora de riesgos acerca del reconocimiento o no del derecho en ellas reclamado con el propósito de que, si es del caso, el interesado promueva ante la jurisdicción la acción correspondiente a efectos de que se elucide judicialmente el derecho que, en tal sentido, emerge como controvertido.

“Siendo ello así, la reclamación o petición pensional de que aquí se trata sigue similar suerte a las de los procedimientos gubernativos o administrativos que, antaño, el artículo 6º del Código Procesal Laboral exigía como previamente agotados para poder promover las acciones judiciales contra entidades de derecho público, administrativas o sociales, y que, en la forma como fue modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, el actual artículo 6º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social contempla como reclamaciones administrativas previas al ejercicio de las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualesquiera otra entidad de la administración pública, cuyo agotamiento se produce cuando se hayan decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no hubieren sido resueltas.

“Similar suerte que, en términos del artículo 40 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), tiene por significado el que su falta de resolución oportuna produzca los efectos del 'silencio administrativo negativo', es decir, tanto como si la administración se hubiera pronunciado pero en un sentido adverso a los intereses del peticionario, pues, como expresamente lo señala el artículo 41 siguiente, »Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva» (artículo 41 ibídem), y normativas que, en lo esencial a lo aquí dicho, aparecen reproducidas en los artículos 83 y 84 de la mencionada Ley 1437 de 2001.

“Y similitud que permite, sin hesitación alguna, predicar que si bien es cierto que debe existir congruencia entre lo solicitado en la reclamación pensional y lo perseguido en la posterior demanda judicial, por ser contrario al sentido común y a la finalidad de la dicha reclamación que se eleve una particular, determinada y definida petición para ante la administradora de riesgos, como lo es en este caso la pensión de sobrevivientes de origen laboral, y luego se impetre ante la jurisdicción una pretensión pensional distinta o se incluyan otras que en manera alguna fueron materia de la petición o reclamación inicial, no lo es menos que ello en nada limita el que, tanto para justificar la pretensión denegada por la administradora de riesgos por quien fungirá como actor en el proceso judicial, como para oponerse a su reconocimiento y pago por ésta, se mejoren los argumentos de hecho y de derecho que inicialmente se invocaron en respaldo de lo uno o de lo otro, e inclusive, se invoquen nuevos o diferentes fundamentos de derecho y supuestos de hecho para tal propósito. Lo determinante es, y sobre tal cuestión no puede haber inequívoco, que la petición inicial no se varíe en esos dos momentos, pues ella es el eje sobre el cual gravita la indisoluble conexidad requerida entre la reclamación del derecho y la posterior controversia judicial.

“En sentido parecido a lo expuesto por la Corte, en sentencia de 3 de febrero de 2011, en el expediente con radicación 54001-23-31-000-2005-00689-02 (0880-10), la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección B, expresó en torno al tema del agotamiento de la vía gubernativa lo siguiente:

“El artículo 135 del C.C.A. condiciona la solicitud de nulidad de un acto administrativo de carácter particular, y por ende el restablecimiento del derecho del actor, al agotamiento de la vía gubernativa ante la misma administración, la cual finaliza mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

“Se trata entonces de un requisito de procedibilidad necesario para acudir ante esta Jurisdicción el cual, lejos de ser una mera exigencia formal del derecho de acción, es un presupuesto que permite a la Administración efectuar un pronunciamiento previo a ser llevada a juicio y que como tal le genera la confianza legítima de que por razones no discutidas no va a ser sorprendido.

“A su vez, es concebido en dos sentidos, a) como una garantía y b) como una obligación. Lo primero porque constituye un instrumento del cual goza el administrado para que las decisiones adoptadas por la administración, a través de un acto administrativo particular que perjudique sus intereses, sean reconsideradas por ella misma sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es decir, se busca que la administración pueda enmendar los posibles errores subyacentes en sus propios actos administrativos sin necesidad de acudir a la vía judicial. Con ello se busca garantizar los derechos de los administrados en cumplimiento de los principios de economía, celeridad y eficacia, los cuales orientan las actuaciones administrativas tal como lo ordenan los artículos 209 de la Constitución Política y 3º del C.C.A.

“La jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional coinciden en afirmar que la vía gubernativa es una modalidad de “justicia interna” con la que cuenta la administración, pues con ella se busca satisfacer plenamente las pretensiones del interesado sin necesidad de acudir ante un juez

.

“Por otro lado, la vía gubernativa garantiza el derecho de defensa del administrado frente a la administración, en razón a que lo faculta para interponer los recursos legales, como los de reposición, apelación y queja, contra los actos administrativos.

“Ahora bien, el artículo 63 del C.C.A. consagra que se agota la vía gubernativa: i) cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, ii) cuando siendo procedentes los recursos ya fueron decididos y iii) cuando los actos administrativos queden en firme por no haberse interpuesto los recursos de reposición o queja.

“Es de resaltar que la interposición del recurso de apelación, en contra de los actos administrativos susceptibles de él, es imperativa para el agotamiento de la vía gubernativa tal como lo señala el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo. Si bien es cierto, la interposición del recurso de apelación es perentoria, no acontece lo propio con el recurso de reposición en razón a que éste es facultativo, pues si proceden los dos recursos, podrá interponerse el de apelación de manera directa o como subsidiario al de reposición.

“Sin embargo, no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido. En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. **No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición.** Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación.

“En este orden de ideas, la Sala comparte lo afirmado por el a-quo en el sentido de que debe existir congruencia entre lo solicitado en la vía gubernativa y lo pedido en la posterior demanda contenciosa, pues resulta contrario a la finalidad de la vía gubernativa, el que se eleve una petición ante la administración y se interponga una demanda con la inclusión de puntos que no se pusieron en consideración de la entidad administrativa”.

“Ahora bien, desde otra arista, si se tiene claro que la falta de pronunciamiento de la administradora de riesgos en el término que indica la ley sobre la reclamación pensional produce el efecto de 'silencio administrativo negativo' --que no agota el derecho fundamental de petición pero habilita al interesado para que interponga la acción judicial pertinente--, pues no es esa situación una de las pocas excepciones donde la ley concibe los efectos del 'silencio administrativo positivo' (artículo 84 de la ley 1437 de 2001 ya citado), el hecho de que aquella niegue el derecho reclamado con fundamento en determinadas razones pero no en otras, no

permite concluir, lógicamente, que frente a los no esbozados se produjo un 'silencio positivo', en tanto que los que sí planteó expresamente son el único soporte de esa 'negativa'. Lo deleznable de tal juicio o apreciación, eminentemente ilógico por supuesto, releva a la Corte de un mayor análisis, pues, en sana lógica, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

“Y si se tomara camino por el concepto de 'cosa juzgada', para tratar de sostenerse que el dicho fundamento, razón o sustento queda excluido de la posterior controversia judicial que dirima el derecho, al margen de los efectos negativos que del acto ficto o presunto de la administradora de riesgos legalmente se desprenden, se estaría forzando, injustificadamente, la finalidad de tal clase de conceptos, por ser sabido que la institución procesal de la cosa juzgada pretende que no se provoque un nuevo pronunciamiento judicial cuando quiera que él ya fue adoptado por decisión en firme, entre partes que jurídicamente son las mismas, sobre el mismo objeto y con fundamento en la misma causa, y si se persigue el mismo objeto entre las partes entre quienes se surtió la reclamación pensional de marras, cabe suponer, precisamente, que fuera de no existir sentencia judicial que hubiera dirimido definitivamente el conflicto, no se produjo acto positivo de la administradora de riesgos que zanjara toda discusión sobre el cumplimiento de los requisitos del derecho, dentro de los cuales debe estar el de la subsunción de los hechos del peticionario a los supuestos de hecho de la norma pensional en disputa.

“Así las cosas, en forma alguna procede pregonar los alcances de cosa juzgada de uno o de varios de los supuestos de hecho del derecho en controversia, cuando además de no existir sentencia judicial que se hubiere pronunciado el respecto, tampoco existe el acto de reconocimiento pensional que a través del proceso judicial se pretende.

“De lo que viene de decirse, no prospera el cargo, pues al Tribunal, como al juez del conocimiento, competía estudiar los supuestos de hecho de la norma pensional para advertir si objetivamente estaban acreditados en el proceso por la ahora recurrente en casación, pues ninguno de ellos, salvo el de afiliado del causante al ente demandado, fue aceptado por aquél al contestar el libelo introductorio del proceso” (subrayas fuera del texto).

Ante el dicho escenario, debe recordarse que en criterio de esta Corporación, igualmente,

la cónyuge sobreviviente o compañera o compañero permanente es quien jurídicamente y de acuerdo con lo atrás analizado tiene la carga procesal de probar que convivió o hizo vida marital con el causante hasta su muerte, ha de tenerse por cumplida esa fatiga probatoria, cuando la <convivencia> es aceptada por la administradora de pensiones para el caso el Instituto de Seguros Sociales...” (CSJ SL, del 3 feb de 2010, rad. 37.387).

Por último, al analizarse la Resolución No. 12859 de 2009, que se acusa como mal apreciada, y que según la censura demuestra que el ISS negó la pensión con el «único y exclusivo» argumento de no haber cotizado el causante al sistema pensional 26 semanas dentro del año anterior a su deceso, tampoco resulta admisible dicha acusación, precisamente, porque fue de la inteligencia con la que valoró la misma, que infirió que el causante cotizó «por los menos 491» semanas entre el 23 de octubre de 1984 y 1^a de abril de 1994, y que lo llevó a determinar en un primer momento la «obligatoria» aplicación del «principio de la condición más beneficiosa», luego no por ello puede atribuírsele error alguno.

Así las cosas, al no configurarse los yerros jurídicos ni fácticos atribuidos por la censura, los cargos son infundados.

Costas en casación a cargo de la recurrente por cuanto hubo oposición. En su liquidación,

inclúyanse como agencias en derecho la suma de tres millones ciento cincuenta mil de pesos (\$3'150.000).

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 de proferida por el Tribunal Superior de de Cali, el 31 de enero de 2011, en el proceso que instauró **DORIS HENAO GARAY** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese 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

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

