

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

Magistrado Ponente

SL 500- 2013

Radicación N° 43987

Acta N° 23

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013).

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS S.A. -ECOPETROL, contra la sentencia proferida el 2 de octubre de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso ordinario que DANELIA MARÍA DEL RISCO POLANCO, le adelanta a la sociedad recurrente.

I. ANTECEDENTES

Conforme a la demanda inicial y al escrito con que se subsanó, la citada accionante demandó en proceso laboral a la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS S.A. –ECOPETROL, en procura que se condenara a sustituirle la pensión de jubilación por la muerte de su padre FERNANDO DEL RISCO SILVA, extrabajador pensionado, a partir del 8 de agosto de 2002, y a las costas del proceso.

Como fundamento de tales pedimentos, sostuvo en resumen, que es hija de Fernando del Risco Silva y Josefa María Polanco, soltera sin convivencia marital, no trabaja ni está afiliada a ninguna promotora de salud y pensiones; que su padre fue empleado del nivel directo de ECOPETROL, quien le otorgó pensión de jubilación; que éste falleció el 28 de enero de 1997 y dicha pensión inicialmente le fue sustituida a su señora madre; que durante toda su existencia dependió económicamente de sus padres, por motivo que desde hace varios años sufre de “osteoporosis” con una invalidez superior al 50%; y que venía recibiendo como hija beneficiaria los servicios médicos de la empresa.

Continuó diciendo que su progenitora también murió el 8 de abril de 1998, por lo que el 25 de septiembre de 2000 solicitó a la demandada se le reconociera la sustitución pensional en calidad de hija inválida, a lo cual se le contestó que debía acreditar sentencia de interdicción; que para cumplir con la exigencia de la empresa, instauró proceso ante el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia, quien determinó que como la actora gozaba de facultades mentales no había lugar a declararla interdicta; que el 18 de octubre de 2001 la División de Salud de ECOPETROL ordenó y le practicó los exámenes médicos correspondientes, para establecer si su invalidez era

permanente total e irreversible, así como la fecha de estructuración; que el 12 de marzo de 2002, la accionada a través del departamento de pensionados, le comunicó que “...en la Junta de calificación de invalidez se concluyó que tiene un problema reversible que puede ser mejorado con procedimiento quirúrgico; por lo tanto no procede la calificación de la pérdida de la capacidad laboral”, y con base en ello se le negó lo peticionado; que tiene derecho a la sustitución pensional, porque en otros exámenes médicos que también se le practicaron, se le fijó una limitación equivalente al 70% que le impide movilizarse, estando reducida a cama; y que agotó vía gubernativa.

II. RESPUESTA DE LA DEMANDA

La entidad convocada al proceso al dar contestación a la demanda y su subsanación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas. Aceptó los supuestos fácticos que soportan las peticiones, la calidad de la actora de hija del causante, la condición de pensionado de aquél, la sustitución pensional que la empresa le hizo a la esposa quien posteriormente falleció, la solicitud elevada por la demandante para que también se le sustituyera la pensión, la iniciación y culminación del proceso de interdicción, el suministro de servicios médicos a ésta, la práctica de exámenes médicos por parte de la división de salud ocupacional de Ecopetrol, la negativa de la entidad a acceder a lo pretendido por la accionante y el agotamiento de la vía gubernativa. Frente a los demás hechos, manifestó que debían probarse. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y pago.

Como hechos y razones de defensa, la demandada argumentó que cuando murió el pensionado, la única que se presentó a reclamar fue su esposa y no su hija; que la Junta de Calificación de Invalidez concluyó que la demandante presentaba una patología reversible, que se puede mejorar con cirugía, por lo que no se configura su pérdida de capacidad laboral para efectos pensionales, no siendo posible que la empresa demandada asuma la responsabilidad derivada de dicha patología preexistente. Por consiguiente, no se encuentra obligada a reconocer ni pagar la sustitución pensional reclamada, además que no está acreditada la dependencia económica de ésta respecto de su padre fallecido.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Laboral del Circuito de Barrancabermeja puso fin a la primera instancia, con la sentencia que data del 12 de marzo de 2007, en la que declaró que la demandante tiene derecho a la sustitución pensional de su padre Fernando del Risco Silva, en calidad de hija inválida dependiente del causante. Como consecuencia de lo anterior, ordenó cancelar tal prestación en forma vitalicia, a partir del 30 de noviembre de 2000, en cuantía de \$548.026,00, junto con los reajustes de ley y las mesadas adicionales, todos los derechos asistenciales, y la indexación de las sumas adeudadas. Así mismo, dispuso la práctica del “examen médico y tratamiento que científicamente se requieran para proteger la vida de la demandante que ha estado desamparada”; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas antes del 30 de noviembre de 2000, al igual que demostrada la de buena fe, condenando en costas a la parte vencida.

Para arribar a esa determinación, el Juez de primera instancia estimó que de conformidad con el D.R. 1160/1989 Art. 5, hay sustitución pensional entre otros casos “Cuando fallece una persona pensionada”, y que la L.71/1988 Art. 10, trae como beneficiarios de la sustitución a los hijos menores o inválidos; que en este asunto existe confesión ficta de ECOPETROL, por no asistir a la audiencia de conciliación obligatoria realizada el 22 de octubre de 2.000. Por lo anterior, se

presumen ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, en especial el primero y el cuarto; que el requisito de la dependencia económica de la actora en relación con sus padres, está debidamente acreditado en el plenario, pues las pruebas muestran que ésta dependía en un 100%, física, afectiva y económicamente de su familia; que en cuanto a la invalidez superior al 50%, se comprueba con el dictamen de la junta médica de calificación de invalidez No.661 del 28 de agosto de 2004, visible a folio 81, aclarado a folios 108 y 109, el cual fue decretado en el proceso y se declaró en firme a folio 112, que fijó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la accionante en un 55.50%; que como la persona inválida goza de una protección especial y constitucional, al ser la promotora del proceso hija discapacitada, soltera y dependiente del causante, tiene derecho a la sustitución pensional implorada.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la anterior determinación, apeló la parte demandada, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia del 2 de octubre de 2009, confirmó el fallo de primer grado.

El ad quem comenzó por advertir, que en razón a que el pensionado Fernando del Risco Silva y su esposa Josefa Polanco, fallecieron el 28 de enero de 1997 y el 8 de abril de 1998, respectivamente, la norma aplicable para definir la prestación reclamada y que gobierna el derecho litigioso, es la L. 100/1993 Art. 47, que comenzó a regir el 1° de abril de 1994, además que la pensión de sobrevivientes nace con la muerte del asegurado.

Luego se adentró en el estudio del material probatorio y dio por sentado que: **(i)** Que el 25 de septiembre de 2000 la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión por sustitución (folio 9); **(ii)** Que Ecopetrol dilató injustificadamente en el tiempo la respuesta, al exigir sentencia de interdicción (folio 11), la cual no se pudo obtener (folio 12); **(iii)** Que posteriormente se ordenó que la División de Salud de la demandada, determinara si la actora padecía de incapacidad para desarrollar estudios o labores remunerativas, al igual si ostentaba invalidez permanente, total e irreversible y desde cuándo (folio 15); **(iv)** Que el 12 de marzo de 2002 se le comunicó a la accionante que “tiene un problema reversible que puede ser mejorado con procedimiento quirúrgico; por lo tanto no procede la calificación de la pérdida de la capacidad laboral” (folio 16); y **(v)** Que el 31 de julio de 2002, la promotora del proceso, volvió a reclamar con base en el Acuerdo 01 de 1977, artículos 4.5.7. por ser inválida con más del 50% de pérdida de capacidad laboral (folio 22 vto).

Sostuvo que ante las peticiones fallidas de la actora, instauró el presente litigio, y el Juez de primer grado en el curso del proceso decretó oficiosamente que se determinara el grado o porcentaje de invalidez (folio 71), dictamen que se emitió por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, estableciendo un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 55.50%, con fecha de estructuración 1° de febrero de 1996 (folio 81), el cual fue objetado por la demandada (folio 84), y en una nueva revisión se determinó que “se trata de una paciente efectivamente inválida que fue calificada por el anterior manual único de calificación de invalidez, decreto 692/26-Abr.95 en los Capítulos I y II, estructurando dicha invalidez el 1-Feb.-96 y de origen común lo cual corresponde a la realidad médica del paciente” (folio 109), quedando así aclarado y en firme tal experticio.

Así concluyó que de acuerdo con el material probatorio reseñado, la demandante “presenta una afección motora que le generó desde el 1° de febrero de 1996, una pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%” y, por ende resulta ser inválida para todos los efectos,

destacando que el hecho de que no se hubiera reclamado antes su condición, no le hace perder el derecho, sino que por motivo de esa invalidez fue que se “postergó temporalmente su disfrute en beneficio de su señora madre”, máxime que se trata de un derecho imprescriptible, pues únicamente opera la prescripción pero de las mesadas causadas.

En lo concerniente a la dependencia económica, precisó que efectivamente hay elementos probatorios que demuestran que la accionante dependió de sus padres durante la vida de éstos, ya que la testigo Alcira Raquel Del Risco da cuenta que esa dependencia era del “ciento por ciento porque ella no trabajaba ni podía valerse por si misma, la dependencia era total, comida, vestido, todo”, y además pone de presente la batalla jurídica que la accionante ha tenido que librar para obtener el derecho pensional, de casi 9 años continuos de trámites que han resultado infructuosos (folio 117). Del mismo modo, el declarante Hernando Herrera Núñez, médico tratante manifiesto que atendió a la actora en la casa porque no se podía movilizar, en virtud de que presenta una enfermedad progresiva no reversible (folio 116 vto).

Aseveró que por el estado de invalidez e indefensión, la demandante es merecedora de la protección especial que le permita disfrutar de la pensión reclamada, máxime cuando como se expresó efectivamente tiene una pérdida de capacidad laboral mayor a 50%, quedando satisfechos todos los requisitos que la hacen beneficiaria en los términos de la L.100/1993 Art. 47.

Finalmente, respecto de la prescripción dijo que le asistía razón al a quo en cuanto que están afectadas las mesadas causadas, y frente a la condena en costas que eran de cargo de la parte vencida.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

La sociedad demandada con el recurso extraordinario persigue, según lo dijo en el alcance de la impugnación, que se CASE totalmente la sentencia del Tribunal, que confirmó las condenas impuestas por el a quo, y en sede de instancia la Corte revoque el fallo de primer grado, en sus numerales primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, para en su lugar se la absuelva de todas las pretensiones formuladas en la demanda inicial, proveyendo en costas como corresponda.

Con tal propósito invocó la causal primera de casación laboral, prevista en D. 528/1964 Art. 60, que modificó el CPT y SS Art. 87 y la L.16/1969 Art. 7, y formuló tres cargos que no fueron replicados, que se estudiarán conjuntamente, por denunciar similar conjunto normativo, contener una argumentación que se complementa, perseguir igual cometido y además que la solución a impartir es igual para todos.

VI. PRIMER CARGO

Atacó la sentencia recurrida por la **vía directa**, en el concepto de **aplicación indebida** de los artículos “41, 42, 46, 47 y 279 de la ley 100 de 1993”, lo que condujo a la **infracción directa** del artículo “1° de la ley 71 de 1988 en relación con los artículos: 1 de la ley 33 de 1973, 1 de la ley 12 de 1975, 1 y 5 de la ley 44 de 1980, 1 de la ley 113 de 1985, 5, 6, 15 y 17 del Decreto 1160 de 1989 (reglamentario de la ley 71 de 1988)”.

La censura, en el desarrollo del ataque, indicó que la L.100/1993 Art. 279-4, consagró los regímenes exceptuados, entre los que se encuentran los pensionados de ECOPETROL, y siendo un hecho indiscutido que el causante era pensionado de tal empresa, para estudiar la sustitución pensional a favor de la hija demandante, no resultaba aplicable la citada ley de seguridad social

que acogió la Colegiatura, porque al estar excluido el fallecido, debió aplicarse la L. 71/1988 Art. 1°, que regula la situación pensional reclamada. Se configuró así la aplicación indebida de los artículos denunciados de la citada L. 100/1993, y la infracción directa de la disposición legal que verdaderamente gobierna el caso.

Sostuvo que por lo anterior, el Tribunal se equivocó, al validar la prueba del dictamen pericial de la Junta de Calificación de Invalidez y tener a la demandante como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su difunto padre, con lo cual incurrió en la transgresión de la ley mencionada, siendo la consecuencia pertinente la absolución de la sociedad demandada.

VII. SEGUNDO CARGO

La censura acusó la sentencia de segundo grado de violar por la **vía directa**, en la modalidad de **aplicación indebida** de los artículos “77 (modificado por la ley 712 de 2001, artículo 39), 145 del C. P. del T. y la S.S., 194, 195, 198, 201 y 210 del C. P. C.”, **violación de medio** que condujo a la **aplicación indebida** de los artículos “41, 42, 46, 47 y 279 de la ley 100 de 1993”.

En la sustentación del cargo, la censura se duele que “el Tribunal se valió de la prueba de confesión ficta por representante, según la constancia que deja el juez de primera instancia en la audiencia practicada el 22 de octubre de 2000 a las 8:30 a.m., y que obra al folio 70 del cuaderno principal, cuyo tenor literal es el siguiente: <La no asistencia de las partes hace presumir que no existe ánimo conciliatorio, motivo por el cual se declara fracasada esta etapa dentro del proceso>”.

Expresó que en la sentencia que definió la primera instancia, se aplicó la sanción contemplada en la L. 712/2001 Art. 39, que modificó el CPT y SS Art. 77, por la inasistencia de la sociedad demandada a la conciliación obligatoria y su no justificación, con base en la constancia dejada a folio 70 del expediente, y en tal decisión se presumieron como ciertos “los hechos de la demanda susceptibles de confesión, especialmente en este caso el primero y el cuarto”. Razonamiento que el Tribunal en la sentencia impugnada hizo como suyo, al decir: “Frente a la **dependencia económica**, la foliatura cuenta con elementos probatorios que llevan al convencimiento de que la señora Daniela del Risco Polanco, dependió de sus padres durante la vida de estos (sic) (folio 189 del cuaderno principal)”.

Que la violación de medio consiste en que la declaratoria de confeso debe efectuarla el Juez de conocimiento durante el trámite del proceso y no en el fallo de primera instancia, especificando cuáles son los hechos susceptibles de confesión, para que la contraparte pueda desvirtuarla y ejercer su consabido derecho de defensa, tal como lo dispone el CPC Art.210 y lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral en diferentes pronunciamientos que reprodujo en algunos de sus apartes. Que este asunto como no se procedió de esta manera, se impidió la contradicción de la citada prueba, que resulta ser ilegal porque no se cumplieron los requisitos para tenerla como una confesión judicial. Se violó el debido proceso, lo cual condujo a la aplicación indebida de la L. 100/1993 Art.46 y a que se condenara a ECOPETROL a la pensión de sobrevivientes a favor de una presunta beneficiaria, con fundamento en una prueba recaudada sin las exigencias de ley.

VIII. TERCER CARGO

Atacó la sentencia recurrida de violar por la vía **directa**, en el concepto de **aplicación indebida**, los artículos “145 del C. P. del T. y la S. S., 233, 236 y 241 del C. P. C., **violación de medio** que condujo a la **aplicación indebida** de los artículos 41, 42, 46, 47 y 279 de la ley 100 de 1993 y en consecuencia a la **infracción directa** de los artículos 3 de la ley 71 de 1988 y 1 de la ley 44 de

1980”.

La censura comenzó por señalar, que este cargo va dirigido a atacar la validez de la prueba pericial decretada en el proceso, con la cual se estableció el estado de invalidez de la demandante, que corresponde al dictamen rendido por la Junta Regional de Invalidez de Santander (folios 81, 108 y 109 del cuaderno principal).

Argumentó que la L. 100/1993 Art. 279, prohíbe acudir a las Juntas de Calificación de Invalidez, por tratarse de un pensionado de ECOPETROL que está exceptuado o excluido de la aplicación de la nueva ley de seguridad social, que comprende a los beneficiarios por sustitución pensional.

Explicó que como en este asunto no era dable aplicar la citada L. 100/1993 Art. 46 y 47, tampoco tienen cabida sus artículos 41 y 42, que regulan lo concerniente a la calificación del estado de invalidez, la remisión al manual único para realizar tal calificación y el funcionamiento de las Juntas Regionales de Invalidez., pues “dicha ley no se le aplica a los pensionados de ECOPETROL S.A.”, razón por la cual “es una prueba invalida (sic) y carente de los requisitos que señala la ley”. Se debió acudir –dice-, a la L. 44/1980 Art. 1. y L. 71/1988 Art. 3, para que sean los médicos de la empresa demandada o los que está señale, los competentes para calificar la invalidez de los beneficiarios de la pensión o sustitución pensional que se reclama, normas especiales que deben prevalecer. Concluyó que de haberlas acogido el Tribunal, “habría llegado a la conclusión que la demandante no era una inválida permanente, sino que con intervenciones quirúrgicas habría adquirido su capacidad laboral y por ende hubiese absuelto de esta condena a ECOPETROL S.A.”.

IX. SE CONSIDERA

Dada la vía escogida para encauzar los tres cargos, no son objeto de cuestionamiento en sede de casación, los siguientes supuestos fácticos:

(i) Que el señor Fernando del Risco Silva era pensionado por jubilación de la empresa ECOPETROL y falleció el 28 de enero de 1997.

(ii) Que la pensión de jubilación le fue sustituida a su cónyuge supérstite, Josefa María Polanco, quien igualmente murió el 8 de abril de 1998.

(iii) Que la demandante es hija de los esposos del Risco Polanco, ambos fallecidos, y por consiguiente el 25 de septiembre de 2000, solicitó la sustitución pensional de su padre, aduciendo su condición de hija inválida dependiente.

(iv) Que la División de Salud de la empresa demandada le practicó a la accionante valoración médica, y dictaminó que no era dable calificar su pérdida de capacidad laboral, dado que padece “un problema reversible que puede ser mejorado con procedimiento quirúrgico”, con el cual podría recuperarse, por lo que le negó la sustitución pensional implorada.

La acusación lo que plantea por la senda directa o de puro derecho son tres aspectos, a saber: **a)** La norma legal que gobierna la situación pensional de la demandante, pues mientras el Tribunal sostiene que corresponde a la L.100/1993 Art. 46 y 47, el recurrente asegura que por estar los pensionados de ECOPETROL exceptuados de la aplicación del nuevo régimen de seguridad social, según lo dispone el Art. 279 ibídem, la sustitución pensional se debe definir conforme a lo regulado por la L. 44/1980, L. 71/1988 y el D.1160/1989 (Primer cargo); **b)** Que no era posible dar por acreditada la dependencia económica de la actora en relación con sus padres, con la

confesión ficta que recayó sobre el representante legal de la sociedad demandada por no asistir a la conciliación obligatoria, ya que su declaratoria no reúne los requisitos de ley, pues se hizo en el fallo de primera instancia, cuando debió ser en la audiencia de trámite, especificando los hechos de la demanda inicial susceptibles de confesión (Segundo cargo); y c) Que la prueba pericial decretada en el curso del proceso para efectos de establecer el estado de invalidez de la accionante, emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, que fijó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, resulta inválida y carente de los requisitos de ley, al no tener en este asunto aplicación la L. 100/93 Art. 41 y 42, que regula lo referente a la calificación del estado de invalidez por parte de tales organismos (Tercer cargo). En este orden se abordará el estudio de la acusación, así:

1.- Norma legal aplicable en materia de sustitución pensional respecto de los pensionados de ECOPETROL (Primer cargo).

En esta primera acusación le asiste entera razón al recurrente, por cuanto no era factible definir la presente controversia con base en lo consagrado en la L. 100/1993 Art. 47, cuando por disposición expresa del artículo 279 ibídem, el régimen de sucesión de la pensión reclamada estaba excluido de la regulación general prevista en dicho ordenamiento.

En efecto, en lo concerniente a esta precisa temática, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse y en un caso análogo seguido contra la misma demandada ECOPETROL, en sentencia de la CSJ Laboral, 28 de octubre de 2008, Rad. 33308, reiterada en decisión del 15 de septiembre de 2009, Rad. 33177, dijo:

“(…) Así las cosas, se impone decir que en verdad el Tribunal extravió la premisa mayor de su razonamiento al concluir que el marco normativo que regulaba el caso era el previsto para el Sistema General de Pensiones del Sistema General de Seguridad Social Integral diseñado por el legislador a través de la Ley 100 de 1993, cuando quiera que el artículo 279 de dicha normatividad excluyó expresamente de su aplicación a los servidores y a los pensionados de la demandada EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS, estando claro desde el umbral del proceso que el tema a elucidar era la sustitución de una pensión de jubilación otorgada por esa entidad.

Ello es así por cuanto a pesar del carácter universal que pretendió el legislador dar al naciente Sistema, mediante el cual pretende extender sus beneficios y derechos a todas las personas que habitan el territorio nacional, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida (artículo 1º, literal b., de la Ley 100 de 1993), por diversas razones excluyó de su ámbito de aplicación a ciertas personas, entre ellas, se repite, a quienes para su vigencia contaban con la calidad de servidores o pensionados de la empresa demandada. Dichas personas siguieron rigiéndose en tales aspectos por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las que respectivamente las modificaron, derogaron o subrogaron, según se infiere de los decretos 2027 de 1951 y 062 de 1970, entre ellas, la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989.

Al respecto, la Corte en similares términos a los antedichos asentó en sentencia de 3 de junio de 2004 (Radicación 21.474), lo siguiente:

<Le asiste razón a los recurrentes en cuanto a la crítica que hacen al Tribunal por haber resuelto la controversia en el sub lite a la luz de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y concretamente aplicando las reglas de la pensión de sobrevivientes previstas en el artículo 47, cuando con arreglo al artículo 279 de tal normatividad, los trabajadores y pensionados de la Empresa

Colombiana de Petróleos ECOPETROL, están excluidos del régimen de Seguridad Social allí consagrado, en los términos previstos en esa disposición.

“Dice el texto legal citado, en los apartes pertinentes:

““Artículo 279. Excepciones.

“ ...

““Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del Régimen de Seguridad Social de la misma mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol”. (Subrayas fuera de texto).

“La vocación de la Ley 100 de 1993 fue de excluir a los servidores de la Empresa Colombiana de Petróleos así como a sus pensionados del régimen de Seguridad Social consagrado en ella, y de manera concordante dejó vigente la Ley 71 de 1988 habiendo derogado sólo el parágrafo del artículo 7° atinente a pensión por aportes, pues incluso, a ella remite en el parágrafo 3° del artículo 279, por lo que quedó en vigor lo concerniente a la sustitución pensional reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, para los eventos en que fuera aplicable.

“Por lo anterior, es evidente que el Juzgador de segundo grado incurrió en los desatinos jurídicos que se le endilgan y en esa medida los cargos son prósperos por lo que se procederá a la casación total del fallo gravado.

(....)

De suerte que, la discusión del proceso debió dirimirla en este particular aspecto el Tribunal acudiendo a las previsiones que para la sustitución de la pensión estableció el artículo 3° de la Ley 71 de 1988, y que reglamentó específicamente el artículo 6°, numeral 4°, del Decreto 1160 de 1989.....”

Así las cosas, el ataque en este punto resulta fundado.

2.- Dependencia económica de la demandante en relación con sus padres fallecidos (Segundo cargo).

Para dar al traste con esta segunda acusación, basta con decir, que el Tribunal no pudo cometer ningún yerro jurídico en relación con la declaratoria de confesión que decretó el Juez de primer grado, habida cuenta que vista en todo su contexto la motivación de la sentencia recurrida en casación, el cumplimiento del requisito de la dependencia económica la alzada lo hizo derivar del análisis de la prueba testimonial, en especial de las declaraciones de Alcira Raquel del Risco y Hernando Herrera Núñez, y no de la confesión ficta, la cual ni siquiera mencionó.

Aún el caso hipotético que se entendiera que el Tribunal al decir, que “[F]rente a la dependencia económica, la foliatura cuenta con **elementos probatorios** que llevan al convencimiento de que la señora Daniela del Risco Polanco, dependió de sus padres durante la vida de estos”, estaba refiriéndose también a la mencionada confesión ficta de la sociedad demandada, y así ella se

descartara por no haberse declarado en la respectiva audiencia de trámite especificando sobre cuáles hechos de la demanda en concreto recayó la misma, se tiene que lo decidido por la Colegiatura en este punto se mantendría incólume. Ello, como quiera que se dejó libre de ataque la prueba testimonial, que aunque no es apta en casación en virtud de la restricción legal contenida en la L. 16/1969 Art.7, debió necesariamente controvertirse por la vía adecuada, que lo era la indirecta, para evitar que lo inferido en la segunda instancia continuara en pie con los razonamientos que se extrajeron de lo declarado por los deponentes, previa comprobación de algún yerro con prueba calificada, esto es, documento auténtico, confesión judicial o inspección judicial, lo que habilitaría a la Corte para abordar su estudio.

De suerte que, como lo ha sostenido esta Corporación en múltiples ocasiones, resultan exiguas las acusaciones parciales, conservándose en firme lo decidido sobre la dependencia económica de la demandante respecto de su padre fallecido, lo cual goza de la presunción de legalidad.

3.- Estado de invalidez de la actora (Tercer cargo).

Lo primero que hay que decir en esta tercera acusación, es que el Tribunal no pudo incurrir en ningún yerro jurídico al establecer el estado de invalidez de la demandante, superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, concretamente en un porcentaje equivalente al “55.50% por los diagnósticos de Artrosis severa, coxofemoral derecha”, mediante el dictamen pericial que el Juez de conocimiento ordenó practicar, haciendo uso de las facultades oficiosas que le otorga el CPT y SS Art. 54. En efecto, en la primera audiencia de trámite cuando decretó las pruebas, dijo “De forma oficiosa envíese a la demandante señora DANIELIA MARIA DEL RISCO POLANCO a la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bucaramanga, para que determinen el grado o porcentaje de su invalidez” (folio 71 del cuaderno del Juzgado).

Es decir, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander no fue designada como el organismo que cumple funciones en los términos de la L. 100/1993 Arts. 41, 42 y 43, para adelantar una calificación del estado de invalidez dentro de un trámite previsto en ese ordenamiento legal, ya que como atrás quedó definido, esta normatividad no aplica para resolver la situación pensional de los beneficiarios del causante, por estar excluidos conforme el artículo 279 ibídem.

O sea, dicha Junta Regional de Calificación de Invalidez, actuó en el proceso como auxiliar de la justicia, y en esta condición emitió el dictamen que obra a folios 81 y vto., el cual fue aclarado a folio 109, aprobado o declarado en firme a folio 112 del cuaderno principal.

Nótese que en este caso en particular, lo que se cumplió antes de la iniciación de la presente controversia judicial, fue con el procedimiento instituido en el D. 1160/1989 Art.15, que prevé la calificación del estado de invalidez de la actora como beneficiaria de un derecho pensional, por parte del servicio médico de la empresa o el señalado por ésta (folios 15 y 16). Pero la División de Salud de la demandada, luego de examinarla, manifestó la imposibilidad de establecer un determinado porcentaje de pérdida de capacidad laboral, al estimar que el problema de salud de la demandante era reversible y que se podía mejorar con procedimiento quirúrgico, respecto de lo cual no estaba de acuerdo la peticionaria.

Por eso el juez a quo, en litigio posterior, que no es otro que el presente proceso ordinario, para poder resolver este puntual aspecto objeto de discordia, hizo uso de la experticia médica o valoración científica, con el fin de establecer lo relativo a la invalidez de la promotora del proceso.

Por consiguiente, el ad quem, al apreciar la prueba pericial que el a quo decretó de oficio, no cometió ningún desacierto jurídico y mucho menos incurrió en el quebranto de las normas que enunció el ataque, pues nada le impedía acudir al apoyo de entes especializados en la materia que cumplen funciones públicas, como lo son las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez. Lo que explica porqué los sentenciadores de instancia estimaron que tal dictamen era el idóneo para determinar el estado de invalidez de la demandante.

Adicionalmente, conviene agregar que el citado dictamen se profirió dentro del proceso laboral, de conformidad con lo dispuesto por el D. 2463/2001 Art. 3-1, que reza en su parte pertinente “Las juntas regionales de calificación de invalidez decidirán sobre las solicitudes de calificación de pérdida de la capacidad laboral requeridos por las autoridades judiciales o administrativas, evento en el cual, su actuación será como peritos asignados en el proceso”, norma que estaba vigente para la fecha en que se practicó, 28 de agosto de 2004. Por tanto es claro que, tal dictamen debe considerarse como un peritaje, en el que se cumplió con las formalidades de ley para que pudiese ser valorado. Además se puso en conocimiento de las partes, lo que permitió que la demandada lo objetara y solicitara su aclaración (folio 84), pudiendo manifestar sus reparos antes de que se aprobara y se declarara en firme (folio 112), y cumplir así los principios de publicidad y contradicción de la prueba.

De tal modo, que la prueba en cuestión no puede tildarse de inválida o carente de requisitos legales y, por consiguiente el Tribunal no pudo incurrir en los yerros jurídicos que se endilgan en este tercer punto.

En este orden de ideas, al **resultar fundado el cargo parcialmente en lo que atañe a la primera acusación**, que tiene que ver con la norma que verdaderamente gobierna la sustitución pensional de un pensionado de ECOPETROL, sería del caso entrar a quebrar la sentencia impugnada. Sin embargo, **el ataque no está llamado a prosperar**, porque en sede de instancia prontamente se encontraría que aún bajo la normativa aplicable la demandante en calidad de hija inválida dependiente, tendría derecho a que se le sustituyera la pensión por la muerte de su padre, y en estas condiciones se llegaría a la misma decisión condenatoria que confirmó la alzada. Además, obsérvese que el juez de primer grado sí definió la litis con las disposiciones legales pertinentes para esta clase de pensionados que como atrás se explicó están exceptuados del sistema general de pensiones que introdujo la L. 100/1993.

En efecto, la norma aplicable que lo era la L. 71/1988 Art. 3°-1, reguló lo referente a los beneficiarios, del pensionado fallecido, y estableció que “El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tenga extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí”. Del mismo modo, el D.R. 1160/1989 Art. 6°-2, dispuso que eran beneficiarios de la sustitución pensional, “los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios”.

Los presupuestos contenidos en las normas reseñadas, en este asunto se cumplen a cabalidad, dado que es un hecho indiscutido que la actora es la hija del pensionado fallecido, tiene la condición de inválida por contar con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, según lo dictaminó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander actuando como perito, valga decir del 55,50%, con fecha de estructuración 1° de febrero de 1996 y, además dependía económicamente de sus padres, conforme da cuenta la prueba testimonial que en el recurso

extraordinario no se desvirtúa.

Por último, cabe agregar, que la circunstancia de que la actora no hubiera reclamado la sustitución pensional desde un principio, no hace que pierda el derecho a acceder a la pensión de jubilación que es imprescriptible, máxime que la invalidez que le sobrevino mayor al 50% y que le impidió ser autosuficiente, es decir tener ingresos o recursos económicos que le permitan, sin el auxilio y la ayuda de otros, cubrir sus necesidades, se estructuró antes de la muerte del pensionado que se produjo el 8 de abril de 1998.

Como lo tiene adocinado esta Corporación, la sustitución pensional “propende por hacer menos traumáticos los efectos de la muerte del miembro que era el soporte económico del núcleo familiar, en perspectiva de que los integrantes de éste no queden desamparados y cuenten con ingresos que les permitan satisfacer sus necesidades” (Sentencia de la CSJ Laboral, 15 de mayo de 2008, Rad. 31882), para el caso la cónyuge sobreviviente a quien se le sustituyó inicialmente la pensión, y la hija inválida dependiente hoy demandante, a fin de que no queden desamparadas y cuenten con un ingreso que como se dijo en precedencia, logre satisfacer su congrua subsistencia.

En consecuencia aunque el cargo fue parcialmente fundado, en definitiva no puede prosperar.

De las costas del recurso extraordinario, no hay lugar a ellas por cuanto la acusación resultó fundada parcialmente, pese a que finalmente no prosperó, y además no hubo réplica.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, N0 CASA la sentencia proferida el 2 de octubre de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el proceso ordinario promovido por DANIELA MARÍA DEL RISCO POLANCO, contra la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS S.A. – ECOPETROL.

Costas como quedó indicado en la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS.

2



