

HONORABLES MAGISTRADOS:
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (REPARTO)
La ciudad

REF: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL DE FECHA 26 DE FEBRERO DE 2020.

LORENA HERRERA BARBOSA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.108.828 de Bogotá, actuando en mi propio nombre, a los señores Magistrados, con todo respeto manifiesto que, por medio del presente escrito interpongo **ACCIÓN DE TUTELA** en contra la sentencia proferida el 26 de febrero de 2020 por LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA y salvamento de voto de los Magistrados Fernando Castillo Cadena Y Clara Cecilia Dueñas Quevedo. -

Por violación al principio de condición más beneficiosa, progresividad, ley más favorable, derecho a la seguridad social, derecho a la igualdad y debido proceso, con fundamento en los siguientes hechos:

I. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS:

Con la decisión citada se consideran vulnerados los derechos fundamentales que le asisten a mi representado:

1. **DERECHO A LA IGUALDAD.** Frente a la ley y la jurisprudencia - casos similares al mío.
2. **DEBIDO PROCESO.** Consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Nacional, por NO aplicación de la ley más favorable.
3. **PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL.** Consagrado en el Artículo 228 de la Constitución Nacional, en este caso condición más beneficiosa.
4. **SEGURIDAD SOCIAL.** Artículo 48 de la Constitución Nacional

5. **AL MÍNIMO VITAL EN CONEXIÓN CON LA VIDA Y LA DIGNIDAD HUMANA**
6. **PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA y CONDICION MAS BENEFICIOSA.**

Me permito manifestar a los Honorables Magistrados, que se acude hasta la fecha a impetrar la presente acción, debido a que se tiene certeza de que en acatamiento de LA LEY más favorable o condición más beneficiosa y las sentencias judiciales proferidas por los Tribunales de cierre en Materia ordinaria y Constitucional, se ha determinado que la ley aplicable en Materia laboral es la que más beneficie al trabajador, y esto se ha aplicado en casos similares al presente, razón por la cual reclamo el derecho a la igualdad, en favor de la suscrita y de mis hijos.

II. PRETENSIONES:

1. Que se TUTELEN los derechos fundamentales invocados y que están siendo vulnerados por **LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL mediante sentencia de fecha 26 DE FEBRERO DE 2020**, en virtud de la cual se dispuso mantener la sentencia proferida por el Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral en Oralidad, el 21 de enero de 2014, que a su vez revocó la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 10 Laboral de Bogotá D.C. mis derechos fundamentales a la IGUALDAD, ***SEGURIDAD SOCIAL, AL MÍNIMO VITAL EN CONEXIÓN CON LA VIDA Y LA DIGNIDAD HUMANA, en conexidad con el principio de condición más beneficiosa, AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA en conexidad con la obligatoriedad de aplicación del precedente judicial, y DEBIDO PROCESO, en conexidad con el principio de progresividad y aplicación de la ley más favorable*** que debe ser consecuente con los principios de Seguridad social, Progresividad, Favorabilidad, universalidad, Unidad e Integralidad del sistema, además y ante todo con el de **JUSTICIA**, pues el precedente jurisprudencial busca la equidad e igualdad para todos los ciudadanos, precisamente para que no se cometan estas injusticias.-
2. **SEGUNDO:** Anular el fallo proferido por La Honorable Corte Suprema de justicia, Sala Laboral, por configurarse una aplicación indebida frente a la norma aplicable más favorable, es decir, anterior o vigente

al momento de declaratoria de la muerte presunta, teniendo en cuenta que mi esposo se encontraba en imposibilidad de seguir cotizando, entre la fecha en que desapareció, 04 de octubre de 2002 y la fecha en que se decretó su muerte presunta, 04 de octubre de 2004.

3. **TERCERO: ORDENAR** a la entidad aquí accionada., proferir nueva sentencia, con base en la ley vigente al momento de la declaratoria de la muerte presunta de mi esposo, señor **JUAN CARLOS MIER**, es decir, bajo los parámetros del artículo 12 de la ley 797 de 2003. No obstante la ley, mi petición también tiene soporte en el precedente jurisprudencial aquí enunciado; en consecuencia, se me reconozca la Pensión por **SUSTITUCIÓN** que se nos ha negado y se confirme el fallo de primera instancia proferido por el Juez 10 Laboral de Bogotá D.C.
4. Que se advierta a las Entidades tuteladas, sobre las consecuencias que conlleva el incumplimiento de la providencia que su Despacho profiera.

III. HECHOS:

1. Mediante escrito presentado el 24 de enero de 2013, la suscrita **LORENA HERRERA BARBOSA**, en nombre propio y en representación de mis hijos para ese entonces menores de edad, **MARIA CAMILA MIER HERRERA** y **JUAN CARLOS JUNIOR MIER HERRERA**, por intermedio apoderado, instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad **COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS**, en la cual se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas: “

PRIMERA: Se condene a la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, representada legalmente por el Doctor **ROBERTO CUELLO LASCANO** o por quien haga sus veces y a favor de **LORENA HERRERA BARBOSA** mayor de edad, identificada con C. C. No 52.108.828 de Bogotá y de sus menores hijos **MARIA CAMILA MIER HERRERA** y **JUAN CARLOS JUNIOR MIER HERRERA**.

SEGUNDA: Que se reconozca y pague a favor de la señora **LORENA HERRERA BARBOSA** y sus menores hijos **MARIA CAMILA MIER HERRERA** y **JUAN CARLOS JUNIOR MIER HERRERA**, la pensión de

sobreviviente a partir del 04 de octubre de 2004, fecha en la cual el juzgado 13 de familia de Bogotá declaró la muerte presunta del señor JUAN CARLOS MIER ORTEGA (Q.E.P.D.), en la cuantía, monto y porcentaje que se señale.

TERCERA: Se condene a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, representada legalmente por el Doctor ROBERTO CUELLO LASCANO o por quien haga sus veces a pagar a favor de mis representados el valor de los incrementos anuales dispuestos conforme a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

CUARTA: Se condene a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, representada legalmente por el Doctor ROBERTO CUELLO LASCANO o por quien haga sus veces a pagar **COLPENSIONES** a pagar a favor de **LORENA HERRERA BARBOSA, MARIA CAMILA MIER HERRERA y JUAN CARLOS JUNIOR MIER HERRERA,,** el valor de las **MESADAS ADICIONES DE JUNIO Y DICIEMBRE** a partir de diciembre de 2004 **CUARTA** Se condene **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, representada legalmente por el Doctor ROBERTO CUELLO LASCANO o por quien haga sus veces a pagar a favor de **LORENA HERRERA BARBOSA, MARIA CAMILA MIER HERRERA y JUAN CARLOS JUNIOR MIER HERRERA** los intereses por mora previstos en el Artículo 141 de la ley 100 de 1.993, sobre el capital adeudado por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 04 de octubre de 2004 y hasta la fecha efectiva de pago.

Las pretensiones elevadas se fundamentaron en los siguientes hechos: Que la suscrita **LORENA HERRERA BARBOSA**, contrajo matrimonio católico el día 21 diciembre de 1996 con el señor **JUAN CARLOS MIER ORTEGA**, que de la anterior unión, procrearon dos hijos hoy menores de edad, **MARIA CAMILA MIER HERRERA y JUAN CARLOS JUNIOR MIER HERRERA**. Que la señora **LORENA HERRERA BARBOSA** convivió con el señor **JUAN CARLOS MIER ORTEGA** bajo el mismo techo, lecho y mesa haciendo vida marital desde el día de su matrimonio y hasta el 04 de octubre de 2002, fecha esta, última, cuando desapareció sin tener noticias más de él. Que con sentencia del 22 de febrero de 2011 el juzgado trece de familia de Bogotá, declaró la muerte presunta por desaparecimiento del señor **JUAN CARLOS MIER ORTEGA**. Que en la sentencia se dispuso, que para efectos del numeral 6° del artículo 97 del Código Civil, se tenía como día presuntivo de la muerte del señor **MIER** el 04 de octubre de 2004. Que la señora **Lorena Herrera Barbosa**,

acreditando su condición de cónyuge supérstite y madre de los menores hijos MARIA CAMILA MIER HERRERA y JUAN CARLOS JUNIOR MIER HERRERA, solicitó a la entidad demandada, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Que el señor MIER ORTEGA, estuvo en posibilidad física y jurídica de realizar aportes al sistema general de pensiones hasta el día 04 de octubre de 2002, fecha de su desaparecimiento, que el señor JUAN CARLOS MIER ORTEGA, cotizó para el régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS, un promedio de **98 semanas** de cotización, entre el 04 de octubre de 1999 y el 04 de octubre de 2002, que el señor JUAN CARLOS MIER cotizó más de 50 semanas en el régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS dentro de los tres años anteriores a la fecha de su desaparecimiento, esto es, 04 de octubre de 2002.

2. La demanda, en primera instancia, fue conocida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá y admitida mediante providencia de fecha el 05 de febrero de 2013.
3. Notificada la demanda y corrido el traslado de rigor, la demandada COLFONDOS S.A. dio contestación a la misma, en escrito mediante la cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas, solicitó absolución de ellas y condena en costas a la parte actora. En cuanto a los hechos acepto los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo, noveno parcialmente y negó el decimo, decimo primero, y decimo segundo, indico no constarle el decimo tercero
4. Se propusieron como excepciones las siguientes: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, y compensación.
5. En auto del 29 de mayo de 2013, el juzgado 10 laboral decidió aceptar el llamamiento en garantía solicitado por COLFONDOS, a SEGUROS DE VIDA COLPATRIA, para que en la eventual condena respondiera por el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia
6. SEGUROS DE VIDA COLPATRIA contestó en tiempo el llamamiento en garantía el 25 de julio de 2013, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aceptando los hechos sexto, séptimo, octavo. Negó los demás proponiendo las excepciones de Ausencia de los presupuestos y requisitos exigidos por la ley para

adquirir el derecho a pensión de sobrevivencia, buena fe, prescripción, pago y compensación.

7. Una vez adelantado el trámite de instancia y practicadas las pruebas solicitadas y decretadas, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D. C., profirió Sentencia el 21 de noviembre de 2013 que puso fin a la primera instancia la cual dispuso:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a reconocer y pagar a la SEÑORA LORENA HERRERA BARBOSA Y A SUS MENORES HIJOS MARÍA CAMILA MIER HERRERA Y JUAN CARLOS JUNIOR MIER HERRERA una pensión de sobrevivientes a partir del 04 de OCTUBRE DE 2004, en cuantía equivalente al salario mínimo distribuidas así: a la señora LORENA HERRERA BARBOSA el 50% y a sus MENORES HIJOS MARÍA CAMILA MIER HERRERA 25% para un total del 100%, junto con las mesadas adicionales e incrementos legales anuales a que haya lugar, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a COLFONDOS S.A., PENSIONES y CESANTÍAS a reconocer y pagar los intereses moratorios del art. 141 de la ley 100 de 1993, sobre el valor de las mesadas pensionales causadas desde el 04 de octubre de 2014, los cuales se generan a partir del 26 de noviembre de 2011 hasta la fecha efectiva de pago conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

8. Por impugnación conjunta tanto de la parte demandada como la llamada en garantía se conoció del presente proceso en segunda instancia en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cuya Sala Laboral- sala de decisión, M.P. Dr MARTHA RUTH OSPINA GAITAN la resolvió con la Sentencia de 21 de enero de 2014, materia de este recurso y por virtud de la cual decidió:

"PRIMERO: Revocar la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2013 proferido por el juzgado 10 laboral del circuito de Bogotá, para en su lugar ABSOLVER a la sociedad COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, como a la compañía llamada en Garantía SEGUROS DE VIDA COLPATRIA, de las pretensiones incoadas en la demanda acorde con lo relacionado en esta providencia

SEGUNDO: DECLARAR probada las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo debido formuladas por la demandada y de la Ausencia de los presupuestos y requisitos exigidos por la ley para adquirir el derecho a la pensión de sobrevivencia.”

9. la demandante LORENA HERRERA BARBOSA, en causa propia y en representación de sus menores hijos, Interpuso el recurso de casación el cual fue sustentado en debida forma.
10. La H., Corte suprema de justicia en su sala de casacion laboral mediante fallo de casación del 26 de febrero de 2020, notificada a las partes el 09 de marzo de 2020, decide no casar la sentencia impugnada.
11. En la actualidad el proceso se encuentra al Despacho con los dos salvamentos de voto en la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

IV. CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES:

La H. Corte Constitucional en Sentencia T-125 del 23 de febrero de 2012, con ponencia del H. Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, estableció con precisión las causales de procedibilidad de la Acción de Tutela contra decisiones judiciales, recogiendo los argumentos expuestos en las Sentencias SU-962 de 1999 y T-295 de 2005, en los siguientes términos:

“Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales es un tema que ha sido abordado por esta Corporación en múltiples ocasiones, por lo que la Sala repasará las premisas en que se fundamenta esta posibilidad, y las reglas establecidas para el examen de procedibilidad en un caso concreto.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-543 de 1992, declaró la inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto

2591 de 1991 referidos a la caducidad y competencia especial de la tutela frente a providencias judiciales, por considerar que contrariaban principios constitucionales de gran valía como la autonomía judicial, la desconcentración de la administración de justicia y la seguridad jurídica.

No obstante, reconoció que las autoridades judiciales a través de sus sentencias pueden desconocer derechos fundamentales, para lo cual admitió como única excepción para que procediera el amparo tutelar, que la autoridad hubiese incurrido en lo que denominó una vía de hecho.

A partir de este precedente, la Corte ha construido una línea jurisprudencial sobre el tema, y ha determinado progresivamente los defectos que configuran una vía de hecho. Por ejemplo, en la sentencia **T-231 de 1994**, la Corte dijo: "Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial"¹. En casos posteriores, esta Corporación agregó otros tipos de defectos constitutivos de vías de hecho.

En virtud de esta línea jurisprudencial, se ha subrayado, que todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución en razón a lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Fundamental. Además, se ha indicado que uno de los efectos de la categoría Estado Social de derecho en el orden normativo está referido a que los jueces, en sus providencias, definitivamente están obligados a respetar los derechos fundamentales.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por un amplio periodo de tiempo, la Corte Constitucional decantó de tal manera el concepto de vía de hecho. Posteriormente, un análisis de evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales llevó a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una decisión arbitraria y caprichosa del juez, era más adecuado utilizar el concepto de causales genéricas de procedibilidad de la acción que el de vía de hecho.

Con el fin de orientar a los jueces constitucionales y determinar unos parámetros uniformes que permitieran establecer en qué eventos es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en las sentencias C-590 de 2005² y SU-913 de 2009, sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o motivos de procedibilidad de la tutela contra sentencia. Actualmente no "(...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad)"³.

*De esta forma, la Corte ha distinguido, en primer lugar, los requisitos de carácter general⁴ orientados a asegurar el principio de subsidiariedad de la tutela **-requisitos de procedencia-** y, en segundo lugar, los de carácter específico⁵, centrados en los defectos de las actuaciones judiciales en sí mismas consideradas **-requisitos de procedibilidad-**.*

² Sentencia del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³ Sentencia T-774 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Sentencia SU-813 de 2007: Los *criterios generales* de procedibilidad son requisitos de carácter procedimental encaminados a garantizar que no exista abuso en el ejercicio de la acción de tutela dentro de un proceso judicial donde existían mecanismos aptos y suficientes para hacer valer el derecho al debido proceso. A juicio de esta Corporación, la razón detrás de estos criterios estriba en que "en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución."

⁵ Sentencia T-1240 de 2008: los *criterios específicos* o *defectos* aluden a los errores o yerros que contiene la decisión judicial cuestionada, los cuales son de la entidad suficiente para irrespetar los derechos fundamentales del reclamante.

Requisitos generales y especiales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De esta manera, la Corte, en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, hizo alusión a los requisitos generales y especiales para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Sobre los requisitos generales de procedencia estableció:

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones⁶. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁷. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y

⁶ Sentencia 173/93.”

⁷ Sentencia T-504/00.”

proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁸. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁹. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹⁰. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹¹. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual

⁸ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

⁹ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

¹⁰ Sentencia T-658-98

¹¹ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”¹²

De igual forma, en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, además de los requisitos generales, se señalaron las causales de procedibilidad especiales o materiales del amparo tutelar contra las sentencias judiciales. Estas son:

“...Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹³ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹³ Sentencia T-522/01

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹⁴.

h. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.¹⁵

Es decir, siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente ejercitar la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Defecto material o sustantivo en la jurisprudencia constitucional.

El defecto sustantivo, como una circunstancia que determina la procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales, aparece, como ya se mencionó, cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales

¹⁴ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01."

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada. (negrilla y subrayado fuera del texto original)

Tal como lo señala la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo:

(i) Cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador,

(ii) Cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente,

(iii) Cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva".¹⁶

Frente a la configuración de este defecto puede concluirse que, si bien es cierto los jueces, dentro de la esfera de sus competencias, cuentan con autonomía e independencia judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no es en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.

Con fundamento en lo anterior, el defecto sustantivo también se presenta cuando se interpreta una norma en forma incompatible con las circunstancias fácticas, y por tanto, la exégesis dada por el juez resulta a todas luces improcedente. (negrilla fuera del texto original)

¹⁶ Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De esta manera, la Sentencia SU-962 de 1999 manifestó que las decisiones que incurren en una vía de hecho por interpretación “carece(n) de fundamento objetivo y razonable, por basarse en una interpretación ostensible y abiertamente contraria a la norma jurídica aplicable.”

Por su parte, la Sentencia T-567 de 1998 precisó que “cuando la labor interpretativa realizada por el juez se encuentra debidamente sustentada y razonada, no es susceptible de ser cuestionada, ni menos aún de ser calificada como una vía de hecho, y por lo tanto, cuando su decisión sea impugnada porque una de las partes no comparte la interpretación por él efectuada a través del mecanismo extraordinario y excepcional de la tutela, ésta será improcedente.”

Esta posición fue reiterada por la Corte en la Sentencia T-295 de 2005 al señalar:

“La Corte Constitucional ha indicado que la interpretación indebida de normas jurídicas puede conducir a que se configure una vía de hecho por defecto sustantivo. Así, en la sentencia T-462 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se expresó al respecto: “En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva.”

Respecto al defecto sustantivo que se presenta como consecuencia de una errada interpretación, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en indicar que no cualquier

interpretación tiene la virtualidad de constituir una vía de hecho, sino que aquella debe ser abiertamente arbitraria.

En consecuencia, ha dicho la Corte que el juez de tutela, en principio, no está llamado a definir la forma correcta de interpretación del derecho; sin embargo, en aquellos eventos en los que la interpretación dada por el juez ordinario carezca de razonabilidad y cuando se cumplen los requisitos anteriormente mencionados, se hace procedente la intervención del juez constitucional. En este sentido, en Sentencia T-1222 de 2005, la Corte consideró:

“Como lo ha señalado reiteradamente la Corte, no es el juez constitucional el funcionario encargado de definir la correcta interpretación del derecho legislado. En particular, la jurisprudencia ha reconocido que es la Corte Suprema de Justicia la intérprete autorizada del derecho civil y comercial.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a estudiar si se produce alguna clase de defecto cuando en un proceso ejecutivo de ejecución de providencia judicial, el juez de apelación revoca el mandamiento de pago, al considerar que la entidad demandada en el proceso ordinario carecía de capacidad para ser parte en él.

En este sentido, no sobra indicar que, en todo caso, los jueces civiles son intérpretes autorizados de las normas que integran esta rama del derecho y el juez constitucional no puede oponerles su propia interpretación salvo que se trate de evitar una evidente arbitrariedad o una clara violación de los derechos fundamentales de las partes. En este caso el juez constitucional tiene la carga de demostrar fehacientemente la existencia de una vulneración del derecho constitucional de los derechos fundamentales como condición previa para poder ordenar la revocatoria de la decisión judicial impugnada.

En suma, ante una acción de tutela interpuesta contra una decisión judicial por presunta arbitrariedad en la interpretación del derecho legislado -vía de hecho sustancial por interpretación arbitraria- el juez constitucional debe limitarse exclusivamente a verificar que la interpretación y aplicación del derecho por parte

del funcionario judicial no obedezca a su simple voluntad o capricho o que no viole los derechos fundamentales. En otras palabras, no puede el juez de tutela, en principio, definir cual es la mejor interpretación, la más adecuada o razonable del derecho legislado, pues su función se limita simplemente a garantizar que no exista arbitrariedad y a proteger los derechos fundamentales y no a definir el sentido y alcance de las normas de rango legal.”

Se colige entonces, que pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución o la ley, pues de hacerlo, se constituye en una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada.

Para el caso que nos ocupa tenemos que la Sentencia acusada incurre en las siguientes causales de procedibilidad de la Acción de Tutela contra decisiones judiciales:

PRIMERA CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD EN QUE INCURREN LAS SENTENCIAS ACUSADAS:

1. EN DEFECTO FÁCTICO, POR INAPLICACIÓN INDEBIDA:

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. “

El fundamento fáctico de la solicitud, radica básicamente en que la suscrita demandante se encontraba amparada bajo los parámetros del artículo 12 de la ley 797 de 2003, teniendo en cuenta la fecha en que se declaró la muerte presunta de mi esposo, es decir, 04 de octubre de 2004, es decir 50 semanas de cotización en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento.

Que tanto el Tribunal como la Corte dieron aplicación al artículo 49 de la ley 100 de 1993, en cuanto a que el señor MIER debería de tener un mínimo de 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento

2. HECHOS:

Se fundamenta la causal invocada en los siguientes hechos:

La suscrita, inició proceso de Jurisdicción Voluntaria por Muerte presunta que correspondió al Juzgado 13 de Familia de Bogotá, el cual profirió sentencia de declaratoria de muerte presunta el 22 de febrero de 2011, Quedando como fecha presuntiva de la muerte de mi esposo el **04 de octubre de 2004**.-

2.1 En virtud de lo anterior, se presentó demanda ordinaria laboral, con el fin de obtener el reconocimiento pensional como cónyuge sobreviviente, la cual le correspondió por reparto al juzgado 10 Laboral de Bogotá D.C.

2.2 El Juzgado 10 Laboral de Bogotá accedió a las pretensiones de la demanda en aplicación de la norma vigente al fallecimiento de mi esposo señor JUAN CARLOS MIER ORTEGA pues, **para todos los efectos legales**, la fecha de la presunta muerte de mi esposo **es el 04 de octubre de 2004**. Sin embargo, señores Magistrados, éste es el punto neurálgico de la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá Sala Laboral y confirmada por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, pues ambas instancias equivocan la tesis, en cuanto a que la fecha para computar los tiempos necesarios o número de semanas mínimas para poder acceder a la pensión como cónyuge sobreviviente, debe ser la fecha en que Juan Carlos desapareció, **es decir, 04 de octubre de 2002**; siendo esta posición equivocada, pues si la fecha en que se declara legalmente el fallecimiento corresponde a los dos años posteriores a su desaparición, tal y como lo contempla el código Civil, esto para el caso corresponde al **04 de octubre de 2004**, que es la fecha presuntiva de la muerte.-

2.3 No obstante lo anterior, en el presente caso, tanto el Tribunal como la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, **aplican la norma no solo más desfavorable**, sino que además no corresponde con los efectos

jurídicos que establece el hecho de la muerte, pues no se puede pretender que mi esposo fallece presuntivamente el 04 de octubre de 2004 y se pretenda dar efectos legales retroactivos, cuando esto no es permitido en nuestro ordenamiento jurídico, pues los efectos jurídicos se establecen por el hecho de la declaratoria de muerte, tal y como lo establece el artículo 97 del Código Civil numeral sexto.

2.4 En vista de lo anterior, la norma aplicable para este caso es el artículo 12 de la ley 797 de 2003, ya que es la norma vigente al momento de declaratoria de la muerte presunta, y las personas, según la ley, dejamos de existir cuando nuestro cuerpo pierde los signos vitales o judicialmente se declara su muerte, y es precisamente en ese momento, cuando dejamos de ser considerados personas por el hecho de haber expirado nuestra existencia. En este caso en particular, señor Juez de Tutela, mi esposo, como se encuentra demostrado, contaba con las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la declaratoria de la muerte presunta, **pues hay dos años de “suspensión del término”**, que es el tiempo que determina la jurisprudencia como la imposibilidad del afiliado de realizar aportes.

3. LOS ERRORES EVIDENTES DE HECHO:

Analizada la Sentencia proferida el 26 de febrero de 2020 por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, podemos advertir los siguientes errores de hecho en relación con la causal invocada:

3.1 La norma aplicable para este caso es el artículo 12 de la ley 797 de 2003, ya que es la norma vigente al momento de declaratoria de la muerte presunta, y las personas, según la ley, dejamos de existir cuando nuestro cuerpo pierde los signos vitales o judicialmente se declara su muerte, y es precisamente en ese momento, cuando dejamos de ser considerados personas por el hecho de haber expirado nuestra existencia. En este caso en particular, señor Juez de Tutela, mi esposo, como se encuentra demostrado, contaba con las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la declaratoria de la muerte presunta, **pues hay dos años de “suspensión del término”**, que es el tiempo que determina la jurisprudencia como la imposibilidad del afiliado de realizar aportes.

3.2 Es errada la apreciación de la Corte Suprema de Justicia Sala laboral al manifestar que "el señor Juan Carlos Mier, en caso de aplicación del artículo 12 de la ley 797 de 2003, no cumple con la exigencia de las 50 semanas..." Esto se descarta con la sumatoria de los tiempos cotizados durante los últimos tres (3) años y claramente se puede verificar que tenía 98 semanas cotizadas, entre el 04 de octubre de 1999 y el 04 de octubre de 2002.

3.3 Es errada la apreciación de la Corte Suprema de Justicia Sala laboral al manifestar que "el señor Juan Carlos Mier, en caso de aplicación del artículo 12 de la ley 797 de 2003, no cumple con la exigencia de las 50 semanas..." Esto se descarta con la sumatoria de los tiempos cotizados durante los últimos tres (3) años y claramente se puede verificar que tenía 98 semanas de cotización, entre el 04 de octubre de 1999 y el 04 de octubre de 2002.

3.4 La Corte, en mi caso, No dio aplicación al principio Constitucional de condición más beneficiosa, contenido en el artículo 53 de nuestra carta política, que no puede estar reservado para aplicarse a unos y negarse a otros, pues la jurisprudencia ha establecido que en caso de duda se aplicará la norma que más beneficie los intereses del trabajador, y mi esposo JUAN CARLOS MIER cotizó más de 50 semanas en el régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS dentro de los tres años anteriores a la fecha de su desaparecimiento, esto es, 04 de octubre de 2002; por consiguiente, no estaba en las condiciones legales para continuar cotizando.

3.5 La Corte, en su fallo, desconoce mi derecho a los principios de favorabilidad y progresividad, que establece que no puede existir un retroceso en el reconocimiento del derecho, y menos aún en derechos fundamentales, así lo estableció de manera contundente la Sentencia C-671 de 2002 "...todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido aún control judicial estricto... Igualmente, esto ha sido reiterado en la sentencia " T.752 de 2008 "...el comité se pronunció a propósito de la adopción de

este tipo de medidas por parte de los estados con el objetivo de señalar lo siguiente. **“42. Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el pacto....”** (negrilla fuera del texto). Entre muchas otras, que enunciare como fundamento de mi tutela.-

3.6 El artículo 46 de la ley 100 de 1993 sólo se exigía que el afiliado fallecido, si se encontraba aportando al régimen, hubiera cotizado un mínimo de 26 semanas al momento de producirse el deceso; y si había dejado de cotizar, hubiese efectuado aportes como mínimo por 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo el fallecimiento. Siendo éstas las condiciones de la norma. **Ésta no se podría aplicar** en el caso de mi esposo, pues **COMO SE PUEDE VER, ÉSTE FALLECIÓ LEGALMENTE EL 04 DE OCTUBRE DE 2004**. Por esta razón, señores Magistrados, la norma que debió aplicar la cortes Suprema de Justicia Sala Laboral, en armonía con el principio de favorabilidad y condición más beneficiosa, es la consagrada en el artículo 12 de la ley 797 de 2003, que es la norma vigente al momento de declaratoria de la muerte presunta, 04 de octubre de 2004, y que exige que el afiliado fallecido hubiera cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años (inmediatamente anteriores al fallecimiento), que es la situación en la que estamos inmersos en este caso.-

3.7 La Corte Constitucional en sentencia C-619 de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, expuso el punto que aquí se discute como generador de la transgresión de los derechos fundamentales, al debido proceso, derecho a la igualdad por la inaplicabilidad de los principios de condición más beneficiosa y aplicación de norma más favorable al trabajador. En la sentencia C-619 de 2001, que estableció como punto de referencia los siguientes parámetros: **“...TRANSITO DE LEGISLACION-Efectos/LEY-Situación jurídica extinguida/LEY-Situación jurídica en curso... Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley**

es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

el legislador ha desarrollado una reglamentación general sobre el efecto de las leyes en el tiempo, contenida en la Ley 153 de 1887, según la cual en principio las leyes rigen hacia el futuro, **pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso**. Tal es el caso de las leyes procesales, pues ellas regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos..." (negrilla y subrayado fuera del texto original)

Ahora, es evidente la **aplicación indebida de la ley**, pues la situación pensional que aquí se reclama no se encontraba configurada en la ley anterior, es decir, en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, que establecía el requisito de las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento de mi esposo. La situación pensional que reclamo se consolida con la ley 712 de 2003, pues como quedó expuesto, es la condición más beneficiosa o ley más favorable, pues bajo este nuevo ordenamiento se configura nuestro derecho pensional. -En el presente caso, el fallecimiento de mi esposo JUAN CARLOS MIER ORTEGA (q.e.ppd.), se declaró judicialmente el 04 de octubre de 2004, para efectos legales, esta fue la fecha registrada en su registro civil de defunción; una cosa es la determinación del requisito de semanas cotizadas, que para el caso como bien se ha sostenido como estuvo en posibilidad física y jurídica de realizar aportes al sistema general de pensiones hasta el 04 de octubre de 2002. Fecha a partir de la cual se deben contabilizar las semanas y otra muy distinta la causación del derecho pensional, el cuál, de acuerdo con la Ley, se determina con la muerte real o presunta declarada judicialmente.

En el expediente obra prueba suficiente de mi situación económica y de salud, que ha impedido que pueda llevar una vida normal. -

3.8 Por último, debo manifestar a la sala que la sentencia de CASACIÓN, tiene dos SALVAMENTOS DE VOTO emitidos por los Magistrados, Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA y Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, a los cuales no hemos podido acceder por la situación ya conocida. Sin embargo, dichos salvamentos de voto infieren que no existió consenso frente a la decisión que se tomó en mi caso. -

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

Artículo 2, 13, 48, 53, 93, 94, 228 y 230

Fundamentos legales ley 797 de 2003 artículo 12., Código Civil artículo 97 numeral 6.-

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Corte Suprema de Justicia Sala Laboral; Sentencias S. L.-32888 de 2019, S.L. 028 de 2018, S.L. 4650 de 2017 y S.L. 28595 DEL 2007.-

CORTE CONSTITUCIONAL

S.U- 120 de 2003 Vías de hecho- caso interpretación de normas, SU- 069 de 2018 obligatoriedad del precedente y procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales – SU-113 de 2018 – Principio de favorabilidad, precedente horizontal y vertical. Finalidad recurso extraordinario de Casación, SU- 267 de 2019 Caracterización del efecto por desconocimiento del precedente - C-789 de 2002 Tránsito de legislación, Derechos adquiridos y Situación Jurídica consolidada, - C-1035 de 2008 – Derecho a la pensión de sobrevivientes. -

TRATADOS INTERNACIONALES

Protocolo de san salvador, derechos económicos sociales y culturales artículo 9. Seguridad social. –

Convención americana sobre derechos humanos- San José de costa Rica
Artículo 24 igualdad ante la ley artículo 25 protección judicial, artículo 26
Desarrollo progresivo de la legislación.

PRUEBAS:

Además de las anunciadas con relación a cada una de las causales propuestas, me permito solicitar como pruebas las siguientes:

DOCUMENTALES:

Copia de la sentencia de casación proferida por la Corte Suprema de Justicia

OFICIOS:

Muy respetuosamente solicito a su Honorable Despacho oficiar a la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, para que remita el expediente No. 11001310500120130005601 de LORENA HERRERA BARBOSA contra COLFONDOS, con el fin de corroborar todas las actuaciones surtidas dentro del mismo.

JURAMENTO:

Bajo la gravedad del juramento manifestamos que no hemos instaurado otra acción de tutela en relación con los hechos aquí expuestos.

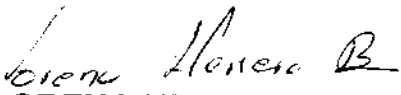
NOTIFICACIONES:

La Corte suprema de Justicia Sala laboral en la calle 12 No 7-65 Bogotá D.C.

La suscrita recibe en la Carrera 5 No. 15-11 oficina 1006 de Bogotá, D. C
teléfono 3103012270 email willig796@hotmail.com

Del Honorable Presidente,

Respetuosamente,


LORENA HERRERA BARBOSA,
C.C. No. 52.108.828 de Bogotá



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL634-2020

Radicación n.º 67784

Acta 07

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **LORENA HERRERA BARBOSA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 21 de enero de 2014, en el proceso que le promovió la recurrente a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

I. ANTECEDENTES

Lorena Herrera Barbosa, actuando en su propio nombre y en representación de sus menores hijos, María Camila y Juan Carlos Junior Mier Herrera, llamó a juicio a Colfondos Pensiones y Cesantías, para que, previos los trámites del proceso ordinario, fuera condenada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a

partir del 4 de octubre de 2004, fecha en la cual el Juzgado Trece de Familia de Bogotá declaró la muerte presunta de Juan Carlos Mier Ortega, junto con los incrementos anuales, mesadas adicionales, intereses moratorios, indexación de las sumas adeudas y cualquier condena que resulte de la aplicación de las facultades extra y ultra petita.

Fundamentó sus peticiones, en que contrajo matrimonio católico con Juan Carlos Mier Ortega, el 21 de diciembre de 1996, de cuya unión procrearon a María Camila y Juan Carlos Junior Mier Herrera; que desde la fecha del matrimonio hasta el 4 de octubre de 2002, convivió con el causante y compartió lecho, techo y mesa; que en esa última fecha Juan Carlos Mier Ortega desapareció, sin volver a tener noticias de él, por lo que el Juzgado Trece de Familia de Bogotá, mediante sentencia del 22 de febrero de 2011, declaró la muerte presunta por desaparecimiento, el 4 de octubre de 2004, dando aplicación a lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 97 del Código Civil; que en virtud de esa declaración, reclamó la pensión de sobrevivientes en favor suyo y de sus hijos menores, pero la entidad la negó, aduciendo que no se cumplían los requisitos previstos por los artículos 46 y 78 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, puesto que el causante no dejó cotizadas 50 semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha en que fue declarada la muerte presunta.

Por cuenta de esa negativa, la entidad procedió a devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual del causante, los cuales recibió la activa de buena fe; que el señor Juan Carlos Mier Ortega, cotizó para el régimen de ahorro individual con solidaridad, 98 semanas entre el 4 de octubre de 1999 y el 4 de octubre de 2002, esto es, más de las 50 semanas exigidas por la Ley, para dejar causada la pensión de sobrevivientes; que el causante estuvo en posibilidad física y jurídica de efectuar aportes al sistema, hasta el día del desaparecimiento, por ende, la fecha en que se debe contabilizar la semanas de cotización para efectos de la pensión de sobrevivientes, es el 4 de octubre de 2002.

Al contestar la demanda, la entidad convocada al proceso se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, sostuvo que entre octubre de 2001 y octubre de 2004, el causante no efectuó cotizaciones, por lo que, acorde con lo previsto en la Ley 797 de 2003, no había dejado causada la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, y por ello, se equivocaba la demandante al haber afirmado que la entidad la indujo en error.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación.

La pasiva llamó en garantía a Seguros de Vida Colpatria S.A., la cual fue aceptada mediante auto del 29 de mayo de 2013 (folios. 98 y 99).

Tal aseguradora se pronunció, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aduciendo que los beneficiarios no tiene derecho a la pensión reclamada, por cuanto el causante no satisfizo los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003, en materia de la pensión de sobrevivientes, y con respecto al llamamiento, señaló que se oponía en cuanto sobrepasara los derechos y obligaciones derivadas del contrato de seguros previsionales recogido en la póliza No. 006 de 2001. De esa manera, frente a los hechos de la demanda adujo que no le constaban y los del llamamiento, que eran ciertos.

Propuso las excepciones de ausencia de los presupuestos y requisitos exigidos por la Ley para adquirir el derecho a la pensión de sobrevivencia, buena fe en el cumplimiento de la obligación previsional por parte de Colfondos, prescripción, pago y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 21 de noviembre de 2013, declaró que los demandantes tenían derecho a la pensión de sobrevivientes y, en consecuencia, condenó a la demandada a reconocer la prestación, a partir del 4 de octubre de 2004, en cuantía equivalente al salario mínimo legal vigente, distribuido en 50% para Lorena Herrera Barbosa, 25% para María Camila Mier Herrera y el otro 25%, para Juan Carlos Junior Mier Herrera, junto con las mesadas adicionales e incrementos

legales anuales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor de las mesadas causadas, a partir del 26 de noviembre de 2011, hasta la fecha efectiva del pago. Así mismo, condenó a la llamada en garantía, a cubrir el valor adicional necesario para completar el capital suficiente que financie la pensión. Por último, declaró probada la excepción de compensación, a efectos de autorizar a Colfondos S.A., para que descontara del valor del retroactivo generado, la suma entregada a la demandante Lorena Herrera por concepto de devolución de saldo, y probada la de inexistencia de la obligación con respecto a la súplica de indexación. La condena en costas la impuso a Colfondos (C.D. folio 209).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Del recurso de apelación de la demandada y la llamada en garantía, conoció la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien mediante fallo del 21 de enero de 2014, revocó el de primera instancia, para en su lugar absolver a las recurrentes de las pretensiones incoadas en su contra, e imponer las costas de primera instancia a cargo de la parte actora (C.D. folio 217).

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró que se debía revocar la sentencia condenatoria, con base en los siguientes argumentos:

Luego de indicar, que en el proceso quedó acreditado, que el afiliado Juan Carlos Mier Ortega, desapareció el 4 de

octubre de 2002, y que en la sentencia del Juzgado Trece de Familia de Bogotá, se fijó como fecha de fallecimiento, el 4 de octubre de 2004, se planteó cinco interrogantes: «(...)i) *cuál es la fecha que debe tenerse en cuenta para determinar qué norma debe aplicarse a este caso, si la del desaparecimiento o aquella en que fue declarada la muerte presunta; ii) si el afiliado dejó causado el número mínimo de semanas requerido para conceder la pensión de sobrevivientes; iii) de ser viable la concesión de esa pensión de sobrevivientes, debe estudiarse si hubo prescripción de mesadas pensionales que eventualmente se otorguen y desde qué fecha; iv) si hay lugar a verificar la buena fe con la que haya actuado la entidad demandada para imponer los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y por último; v) si es viable ordenar el descuento del retroactivo pensional de llegar a reconocerse a los demandantes las sumas canceladas a título de devolución de saldos de manera actualizada. (...).*»

Para resolver los cuestionamientos, se remitió a las sentencias de esta Corporación del 24 de julio de 2002, con radicación 16947, y 26 de marzo de 2004, radicación No. 21953.

Teniendo en cuenta dichos pronunciamientos, concluyó que *«...la fecha la cual debe contarse hacia atrás el tiempo aducido por la norma aplicable para acreditar el número de semanas exigido es la data en que desapareció realmente el afiliado hoy causante, esto es, el 4 de octubre de 2002, momento en el que se tuvo la última noticia del mismo, toda vez que con posterioridad a tal fecha estaba en incapacidad física y jurídica de efectuar cotizaciones al sistema, pues al tenor de lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 97 del Código Civil, se fija como fecha de fallecimiento, el último día del primer bienio del desaparecimiento de la persona a la cual se declara muerto presuntivamente por desaparecimiento.»*

Con tal parámetro, consideró que la norma aplicable era el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, como quiera que el desaparecimiento ocurrió el 4 de octubre de 2002, aclarando que *«...de acuerdo con las normas del sistema general de pensiones, la prestación de sobrevivencia tiene origen para los causahabientes con la muerte del afiliado, aspecto que para el caso bajo estudio, no varía de acuerdo al criterio jurisprudencial reseñado, como quiera que una cosa es la determinación del requisito de semanas cotizadas establecidas desde la fecha de desaparecimiento y otra muy distinta es la causación del derecho pensional de sobrevivencia, el cual se determina por la muerte real o presunta del afiliado.»*

Al examinar la norma aplicable al asunto, y compararla con la historia laboral que obraba en el expediente, adujo que, si el afiliado dejó de cotizar, la norma exigía 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de fallecimiento, y como el causante no efectuó aporte alguno en esa época, dado que la última cotización data de septiembre de 2001, era evidente que no se cumplía con los requisitos para acceder a la prestación pensional reclamada, lo que era suficiente para absolver a la demandada y a la llamada en garantía de las condenas impuestas en la primera instancia.

El Tribunal señaló literalmente lo siguiente:

«...Consecuente con lo dicho, debe determinar esta Sala si el afiliado dejó causado el número mínimo de semanas exigido por el artículo 46 de la ley 100 de 1993, literal b), en su texto original, el cual es del 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produce la muerte al haber dejado de cotizar al sistema, como quiera que el contenido de la documental visible a folios 27, 28, 152 y 153 del expediente, referido al reporte estado de cuenta del afiliado para

estudio de pensión, se verifica que para el 4 de octubre de 2002, no tenía cotizaciones, por cuanto el último periodo cotizado allí registrado, es el correspondiente al mes de septiembre de 2001, quiere decir ello, que no cumplió con las 26 semanas de cotización entre el lapso comprendido entre el 4 de octubre de 2001 y el 4 de octubre de 2002, aunado al hecho de que la cónyuge del causante dentro del proceso tramitado ante el Juzgado Trece de Familia, señaló que para la época de desaparecimiento de su esposo, se encontraba desempleado, lo que fue corroborado por otro testigo, al indicar que el presunto fallecido se había acabado de retirar de Avianca, lo que quedó plasmado en la sentencia emitida por el despacho de primer grado. Por ende los demandantes en su condición de cónyuge sobreviviente e hijos menores del causante, a quien se le declaró la muerte presunta por desaparecimiento, no tienen derecho a que como beneficiarios se les reconozca la prestación de sobreviviente.

Teniendo en cuenta lo anterior, a esta Sala no queda otro camino que revocar la sentencia apelada, y en su lugar se absolverá a las demandadas de las súplicas de la demanda junto con la llamada en garantía, de las pretensiones de la demanda, sin que para ello sea necesario entrar a estudiar los demás problemas jurídicos aquí plantados por los apelantes, toda vez que estos eran consecuentes de haberse concedido la pensión de sobrevivencia reclamada, lo que ocurrió como quedó visto...»

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el apoderado de la parte actora, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente, que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede instancia, confirme la proferida por el juez de primer grado, que accedió parcialmente a la súplicas impetradas en la demanda.

alcance que no tenían, pues concluyó, que la fecha a partir de la cual se deben contabilizar las semanas mínimas de cotización para acceder a la prestación de sobrevivientes, es la del desaparecimiento, lo cual, a su vez determinaba la causación del derecho pensional y la norma aplicable.

Explicó, que el Tribunal confundió la fecha a partir de la cual se genera el desaparecimiento de las personas con la fecha a partir de la cual se pone fin al estado civil, esto es, el fallecimiento.

En ese sentido, señaló que, para todos los efectos legales, la causación del derecho pensional se determinaba con la muerte real o presunta declarada judicialmente, mientras que, para efectos de determinar el requisito de las semanas cotizadas, era con el desaparecimiento.

Así las cosas, como la muerte presunta se dio el 4 de octubre de 2004, y esa fue la fecha consignada en el registro civil de defunción, de igual manera, tal data marcaba la pauta para establecer la norma aplicable, que en este caso correspondía al artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

VII. RÉPLICA DE SEGUROS DE VIDA COLPATRIA

La llamada en garantía Seguros de Vida Colpatria, sostuvo, que el Tribunal no incurrió en los desaciertos expresados en el cargo, pues acorde con reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados y enseguida se estudian.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de *“...ser violatoria por la VÍA DIRECTA de la Ley sustancial Laboral del orden nacional, en la modalidad de INTERPRETACIÓN ERRONEA del numeral 6º del artículo 97 del código civil en relación con el artículo 94 ibídem, artículos 19 y 20 e la ley 153 de 1997 y artículo 10 de la Ley 153 de 1887 subrogado por el artículo 4º de la Ley 169 de 1889, violación que lo condujo a la APLICACIÓN INDEBIDA del literal B) del artículo 46 original de la ley 100 de 1993 y como consecuencia de ello la FALTA DE APLICACIÓN del numeral segundo del artículo 12 de la ley 797 de 2003. Todo lo anterior dentro de la preceptiva del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991.”*

En la demostración, adujo el censor que, al margen de toda consideración fáctica, el Tribunal violó la ley en forma directa, por lo que no controvertía los supuestos fácticos que se encontraban demostrados en el plenario, tales como que, Juan Carlos Mier Ortega desapareció el 4 de octubre de 2002; que el Juzgado Trece de Familia de Bogotá, declaró su muerte presunta, el 4 de octubre de 2004; que el afiliado estuvo en posibilidad física y jurídica de realizar aportes al sistema general de pensiones, hasta el 4 de octubre de 2002, y; no obstante, efectuó cotizaciones hasta septiembre de 2001.

Indicó, que el sentenciador colegiado efectuó una interpretación errónea de las normas, y por tanto les dio un

Justicia, en tratándose del derecho a la pensión de sobrevivientes de un afiliado desaparecido, del que posteriormente es declarada judicialmente su muerte presunta, la norma aplicable para definir el derecho es la que se encontraba vigente al momento de su desaparecimiento.

Indicó, que no era acertada la interpretación que hizo el recurrente, en el sentido de pretender que se aplique una disposición legal para alegar el derecho a la pensión de sobrevivientes, y otra muy distinta para determinar el cumplimiento de los presupuestos legales.

En ese orden, concluyó, que como la fecha del desaparecimiento del afiliado fue el 2 de octubre de 2002, la norma aplicable para establecer el derecho reclamado, era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que en caso de que no estuviera cotizando, prevé el cumplimiento de 26 semanas en el año inmediatamente anterior, las cuales el causante no dejó satisfechas.

VIII. RÉPLICA DE COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Señaló, que la tesis que esgrimía la censura lucía equivocada, y por el contrario, la que aplicó el Tribunal era la correcta, dado que la que manejó el sentenciador colegiado correspondía a la que actualmente sostiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para resolver estos casos, en el sentido que, la norma

aplicable es la vigente para la fecha de la desaparición.

Refirió que "...teniendo en cuenta que el señor Juan Carlos Mier desapareció el 4 de octubre de 2002 y que para esa fecha la norma vigente era la ley 100 de 1993, habrá que concluirse que el Tribunal aplicó correctamente la norma y por lo tanto no incurrió en error alguno que conlleve a desestimar el fallo de segunda instancia. Tiene sentido la anterior interpretación pues ella coincide con el fundamento de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia consistente en que una vez desaparecida una persona, le resulta imposible seguir cotizando y por ello es claro que el Tribunal mantuvo esa filosofía en su decisión."

Añadió, que en caso de que la Corte considerara cambiar su postura frente a este tipo de asuntos, la norma aplicable al caso, correspondería al artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que exige 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de la muerte, que tampoco se cumplirían, por cuanto el señor Juan Carlos Mier Ortega, dentro de ese lapso no efectuó cotizaciones al sistema.

Por lo tanto, solicitó que la Sala desestime el cuestionamiento efectuado por el censor.

IX. CONSIDERACIONES

El Tribunal consideró, que no estaba en discusión, que el señor Juan Carlos Mier Ortega, desapareció el 4 de octubre de 2002, y por cuenta de tal suceso, el Juzgado Trece de Familia de Bogotá, declaró la muerte presunta, a partir del 4 de octubre de 2004, y que el afiliado realizó

aportes hasta septiembre de 2001, según el reporte de la historia laboral.

Con esa base fáctica, y como fundamento de su decisión, reflexionó que, pese a que judicialmente, en virtud de lo previsto en el numeral 6º del artículo 97 del Código Civil, fue declarada la muerte presunta del asegurado, a partir del 4 de octubre de 2004, el punto que permitía identificar la norma aplicable a la pensión de sobrevivientes, era la data del desaparecimiento, en la medida en que, hasta ese momento el afiliado estuvo en posibilidad física y jurídica de efectuar cotizaciones al sistema, y como ese evento ocurrió el 4 de octubre de 2002, el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, era la norma que regulaba la controversia, la cual, en casos en los que el causante dejó de cotizar, como ocurría en este evento, se exigía la verificación de veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produjo la muerte.

Así las cosas, concluyó que la parte demandante no tenía derecho a la pensión reclamada, por cuanto el afiliado no cotizó semana alguna en el periodo exigido por la norma, esto es, entre el 4 de octubre de 2001, y ese mismo día y mes del 2002, fecha esta última, se itera, la del desaparecimiento, que dio lugar a la declaratoria de la muerte ^presunta.

Tal como quedó reseñado en los antecedentes, la censura le endilgó a la decisión del Tribunal, la

interpretación errónea de la norma sustancial prevista en el Código Civil, que establece cuál es la fecha que el juzgador de familia debe tener en cuenta para declarar la muerte presunta de la persona desaparecida, lo que lo condujo a darle un alcance que no tiene el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que a su vez llevó a la infracción directa –no lo mencionó de esa manera, pero se sobreentiende el uso dado al término falta de aplicación– del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que es la que en su criterio, debe regular íntegramente el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Para el recurrente, la fecha del desaparecimiento de la persona es independiente de la data en la cual se pone fin a su existencia por cuenta de una decisión judicial, siendo esta última la que marca el derrotero para establecer la norma aplicable a la pensión de sobrevivientes, dado que es allí donde se fija la muerte, en este caso, presunta por desaparecimiento; pero como no es posible física y jurídicamente que el afiliado hubiera efectuado cotizaciones en esa última calenda, los requisitos para contabilizar las semanas se trasladan al momento de las últimas noticias, los cuales, aplicados al asunto, permiten establecer que el afiliado dejó causado el derecho reclamado a sus beneficiarios, pues cumplió las 50 semanas de cotización dentro de los tres (3) años anteriores, según el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es decir, en el período comprendido entre el 2º de octubre de 1999, e igual día y mes de 2002.

Con respecto al cuestionamiento jurídico que plantea el cargo, no le asiste razón a la censura, puesto que la

única interpretación que efectuó el sentenciador colegiado sobre la norma civil, al plantearse los problemas jurídicos que debía resolver (folio 2017 CD, min. 13:47 a 13:58), es que la fecha de la muerte es una ficción jurídica, que apareja unas consecuencias patrimoniales en ese orden, mientras que para efectos de la seguridad social, emergen unos efectos diferentes.

Y, efectivamente, no se equivocó el fallador al razonar de esa manera, pues sin que esto implique una exégesis de la norma civil, que no le corresponde hacer a la Sala, es evidente que la presunción que creó el legislador de ese campo, no sólo genera unas consecuencias en ese escenario, para citar un ejemplo, las de tipo sucesoral, que habilita a los herederos a llevar a cabo el proceso de sucesión correspondiente, puesto que, en el terreno de los derechos de la seguridad social, esa presunción habilita a los beneficiarios para reclamar la prestación de sobrevivientes, ya que el simple desaparecimiento, es una situación incierta que se debe definir para no vulnerar derechos a terceros, incluso al ausente, por lo que el único acto que suple la constatación natural e infalible de la muerte, es su declaración judicial, como garantía de respeto al debido proceso, y de protección de situaciones jurídicas que involucran al desaparecido.

Ese es el sentido de la afirmación que realizó el Tribunal, al haber señalado que *«...la causación del derecho pensional de sobrevivencia, (...) se determina por la muerte real o presunta del afiliado.»* En otros términos, la causación del

derecho ocurre, a partir de la fecha en que presuntamente muere el afiliado, pero el momento que marca la pauta para contabilizar el número de semanas mínimo exigido por la Ley, y como tal, la norma que regula el derecho pensional de sobrevivientes, es el desaparecimiento, pues como lo ha sostenido invariable y pacíficamente la jurisprudencia de la Sala, hasta ese momento el afiliado estaba en la posibilidad física y jurídica de cotizar, pues los dos años siguientes que se adoptan como fecha de la muerte, son simplemente, una demarcación razonable para sentar la extinción de la vida de la persona, y de allí derivar unas consecuencias jurídicas ante terceros, pero que en el terreno de la seguridad social, sería un despropósito exigir cotizaciones en ese período posterior al desaparecimiento.

En sentencia CSJ SL1484-2018, la Sala se refirió al tema, retomando los pronunciamientos anteriores sobre casos similares. Al respecto indicó:

“...en casos similares al presente, donde se ha declarado la muerte presunta por desaparecimiento del afiliado, esta Sala de la Corte ha adoctrinado que la norma aplicable es la que se encontraba vigente para la fecha en que desaparece el afiliado.

Efectivamente, en sentencia CSJ SL, 24 jul. 2002, rad. 16947, la Corte aceptó que en casos donde se declaraba la muerte presunta del afiliado resultaba aplicable la norma vigente a la fecha del desaparecimiento y las semanas necesarias para que se causara el derecho debían contabilizarse desde esta data y no desde aquella en que se había declarado la muerte presunta. En dicha oportunidad la Corporación adoctrinó:

El propósito de la censura es demostrar que los demandantes no tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, dado que, con arreglo a lo previsto por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, ELKIN MEDARDO RODRÍGUEZ BUILES, no cotizó 26 semanas durante el año inmediatamente anterior a su muerte, que fuera declarada

judicialmente a partir del 30 de septiembre de 1995.

Para mayor ilustración es preciso señalar que el Tribunal encontró acreditados los siguientes supuestos fácticos: que **ELKIN MEDARDO RODRÍGUEZ BUILES**, cónyuge de la actora, nació el 9 de junio de 1959, que cotizó 685 semanas al ISS para los riesgos de IVM entre el 30 de noviembre de 1977 y el 6 de septiembre de 1993, que desapareció el día 30 del mes y el año antes mencionados y que por sentencia judicial del 26 de noviembre de 1997, fue declarada su muerte presunta a partir del 30 de septiembre de 1995.

El ad quem descartó la aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, argumentando que tal precepto no prevé la situación de la muerte presunta sino de la real; no obstante, sin citar disposición alguna en que se fundamentara, estimó que “... **lo pertinente es que las semanas cotizadas que deben tenerse en cuenta se contabilicen precisamente a partir de la fecha en que desapareció.** Así las cosas, RODRÍGUEZ BUILES cotizó suficientemente el número de semanas que le dan a su esposa e hijo derecho a la pensión de sobrevivientes, la que se concede a partir del 30 de septiembre de 1995 ...”.

Para la Corte, realmente la conclusión del Tribunal no resulta desacertada, puesto que, pese a que la muerte por desaparecimiento fue declarada judicialmente a partir del 30 de septiembre de 1995, no podría exigirse el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, a efectos de conceder la pensión de sobrevivientes a los demandantes.

De aceptarse el razonamiento del ISS, según el cual, como a la fecha de la muerte presunta del desaparecido (30 de septiembre de 1995) éste no había cotizado las 26 semanas dentro del año anterior a la muerte que exige el artículo 46, numeral 2º de la Ley 100 de 1993, es lógico que en todos los casos en que como fecha de la muerte presunta se fije el último día del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias (artículo 97, regla 6º, Código Civil) será imposible que el desaparecido haya cotizado por lo menos 26 semanas dentro del año anterior a la fecha señalada como de muerte presunta y lo será, porque por razones obvias, el desaparecido en cuanto tal **no tiene posibilidad física ni jurídica de realizar las tales cotizaciones desde el momento de su desaparecimiento.** Tiene establecido la lógica, y lo ha recogido el derecho civil como de sus principios en aforismo, que nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*). De allí que pueda decirse que el desaparecimiento constituye una circunstancia de fuerza mayor que impide de modo

absoluto al desaparecido el cumplimiento de su obligación de seguir efectuando sus aportes a la seguridad social.

Si ello es así -se repite- no considera la Corte desacertado el juicio del fallador colegiado cuando se apartó de la exigencia prevista por el numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues el señor ELKIN MEDARDO RODRÍGUEZ BUILES había desaparecido el 30 de septiembre de 1993 y así la exigencia de seguir efectuando cotizaciones no podía hacerse sino hasta esta misma fecha. Además, porque cuando tal circunstancia aconteció, aún no estaba rigiendo la susodicha ley de seguridad social.

Es claro que ni en la Ley 100 de 1993 ni en la legislación anterior, en lo referente a las pensiones de sobrevivientes, se realizó reglamentación alguna referente al caso de la muerte por desaparecimiento. Pues de aceptarse el razonamiento de la censura, como viene de decirse nunca en casos como el presente habría lugar al nacimiento de un derecho tal en cabeza de los sucesores o de la cónyuge del desaparecido.

Dado lo anterior, y actuando con un criterio lógico e integrador de las disposiciones legales, debe decirse que la fecha a partir de la cual se cuentan las semanas necesarias para el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes en casos como el que ahora ocupa la atención de la Corte, no puede ser la de la muerte presunta, sino aquella hasta la cual el desaparecido estuvo en posibilidad física y jurídica de realizar cotizaciones.

Por ello, y siendo la legislación vigente en ese preciso momento la del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, se tiene que conforme al artículo 25, literal a de dicho Acuerdo se requiere que a la fecha del fallecimiento el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común, es decir, según lo previsto por el artículo 6º, literal b) del mismo Acuerdo, haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época. (Negrilla fuera de texto)

Como se observa, esta Sala de la Corte es del criterio de que la norma llamada a regular la pensión de sobrevivientes en casos de muerte presunta por desaparecimiento, es la que se encontraba vigente para la fecha en que desaparece el causante. También ha considerado que sería un despropósito exigir el pago

de cotizaciones mientras el afiliado se encuentra desaparecido. Asimismo, la Corte ha explicado, en armonía con la anterior jurisprudencia, que la densidad de semanas necesarias se debe contabilizar desde la fecha del desaparecimiento hacia atrás, pues fue hasta ese momento en que el afiliado tuvo la posibilidad física y jurídica de cotizar. Así lo ha reiterado la Sala en sentencias CSJ SL, 26 mar. 2004, rad. 21953, CSJ SL, 3 abr. 2008, rad. 32156 y, más recientemente, en la CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 33161.»

En estas condiciones, como lo ha explicado la Corte, resulta armonioso con el ordenamiento, en lugar de separar los efectos de la norma de sobrevivientes como lo sugirió el recurrente, dotar con toda su fuerza jurídica y de manera completa, el hecho del desaparecimiento, como límite de contabilización de las semanas de cotización del afiliado, por ser ese el espacio material viable en que pudo ingresar al sistema y proyectar el derecho para sus beneficiarios, acorde con los parámetros de la norma vigente para esa época.

En ese sentido, ante la declaratoria de muerte presunta, no se equivocó el fallador colegiado al escoger la norma que regula la pensión de sobrevivientes y darle el alcance que merece, pues la aplicable al asunto, es aquella que se encontraba vigente a la fecha del desaparecimiento y, como ciertamente, no se discute que ese evento ocurrió el 4 de octubre de 2002, se debía examinar el derecho a la prestación pensional reclamada, a la luz del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual exigía veintiséis (26) semanas de cotización en el último año antes del infortunio, pero como el asegurado sólo efectuó cotizaciones hasta el ciclo de septiembre de 2001, era claro, que la pensión de

sobrevivientes con tal norma no quedó causada a los beneficiarios.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

X. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria «...por la *VÍA DIRECTA* de la ley sustancial Laboral del orden Nacional, en la modalidad de *INFRACCION DIRECTA* de los artículos 13, 44, 48, 53 y 93 de la Constitución Nacional en relación con el artículo 30 del convenio 128 de la OIT, inciso final del artículo 48 de la ley 100 de 1993 y artículo 21 del CST., que lo condujeron a la *FALTA DE APLICACIÓN*, del artículo 6 literal b), del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 25 de Acuerdo 049 de 1990, como consecuencia de la aplicación indebida del literal B) del artículo 46 original de la ley 100 de 1993. Todo lo anterior dentro de la preceptiva del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991.»

En el desarrollo del cargo, afirmó que el Tribunal ignoró las normas que regulan el principio de la condición más beneficiosa, que en este evento permitían verificar si el señor Juan Carlos Mier Ortega satisfacía o no con las semanas mínimas establecidas en la normatividad anterior, esto es, el artículo 6º, literal b) del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año, en concordancia con el artículo 25 *ibídem*, que para efectos de la pensión de sobrevivientes establece el cumplimiento de 150 semanas dentro de los seis (6) años anteriores al fallecimiento o trescientas (300) semanas en cualquier tiempo.

XI. RÉPLICA DE SEGUROS DE VIDA COLPATRIA

Para dicha entidad, se debe desestimar el cargo, ya que los cuestionamientos jurídicos efectuados por el recurrente frente a la sentencia del Tribunal, no resultaban atendibles, puesto que el sentenciador colegiado no podía aplicar las normas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que en materia de pensión de sobrevivientes el censor reclamaba, ya que eran normas que no estaban vigentes, ni para el momento en que desapareció el afiliado, ni para la fecha en que fue declarada la muerte presunta; además, que el principio de la condición más beneficiosa no aplicaba cuando el asegurado se encontraba en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

XII. RÉPLICA DE COLFONDOS S.A.

La AFP indicó, que la parte actora no se podía beneficiar del principio alegado, en razón a que el afiliado comenzó a cotizar en 1995, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Resaltó que *“...el principio de la condición más beneficiosa nace como consecuencia de la falta de régimen de transición entre una norma y otra, en este caso para pensión de sobrevivientes, entre el acuerdo 049 de 1990 y la ley 100 de 1993 o entre ésta y la ley 793 (sic) de 2003, principio que además se aplica cuando el afiliado ha cumplido los requisitos exigidos por la ley que se pretende aplicar antes del tránsito legislativo. Es evidente que en este caso no procede la*

aplicación de tal principio y por lo tanto no se puede regular por el acuerdo 049 de 1990 por la potísima razón de que para la fecha en que entró a regir la ley 100 de 1993 el causante no estaba afiliado a seguridad social y por lo tanto sus derechos no se vieron afectados por el cambio legislativo.»

XIII. CONSIDERACIONES

Descartando la posibilidad enrostrada en el cargo anterior, consistente en que la norma aplicable fuera el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, la censura acusa la rebeldía del fallador de segunda instancia, de aplicar los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual anualidad, por cuenta del principio de la condición más beneficiosa, con el propósito de verificar el cumplimiento de los requisitos de la pensión de sobrevivientes.

En ese sentido, como para efectos de esta pensión, la norma aplicable ante la declaratoria de muerte presunta, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, fecha del desaparecimiento, el cual ocurrió el 4 de octubre de 2002, la jurisprudencia de la Corte ha enseñado, que ante la ausencia de un régimen de transición, en pensiones de invalidez y sobrevivientes, es posible acudir a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa; por lo que, cuando el derecho pensional se causa en vigencia de la referida Ley 100, resulta viable remitirse al Acuerdo 049 de 1990, dando un alcance ultractivo a esta disposición normativa, por ser la inmediatamente anterior, siempre y cuando el afiliado cumpla con las exigencias establecidas en

tal regulación para acceder al derecho pensional reclamado (CSJ SL11234-2015 y CSJ SL8614-2017).

De modo que, si bien el sentenciador de segundo grado no hizo mención al aludido principio, no incurrió en el error de omitir la verificación de los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año, que es la normativa inmediatamente anterior a la que, en principio, regía el caso, esto es, la Ley 100 de 1993, pues cuando se está en presencia de un afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad -aspecto fáctico no discutido en las instancias- se requiere que a la fecha de entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, aquél hubiere cotizado el mínimo de semanas exigido por la norma precedente, caso en el cual la administradora del fondo de pensiones a la que estaba afiliado, debe asumir su reconocimiento y pago, tal como quedó consignado entre otras, en sentencias: CSJ SL 15667, 5 sep. 2001, CSJ SL 31990, 19 feb. 2008, CSJ SL 31043, 5 nov. 2008, CSJ SL 35503, 1 jul. 2009, CSJ SL 43289, 2 may. 2012, CSJ SL14091-2016, CSJ SL 2150-2017, SL4080-2017 y CSJ SL 8614-2017.

Se llega a la anterior conclusión, porque pese a que, contrario a lo manifestado por el opositor Colfondos, el afiliado tenía cotizaciones, a partir del 13 de julio de 1992, con el empleador Ryfer Seguridad Ltda, acorde con el reporte de historia laboral emitido por el entonces ISS (folio 30), al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor Juan Carlos Mier Ortega, tan

sólo alcanzó a completar 60.85 semanas, incumpliendo lo previsto en el literal a) del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con el artículo 6º de igual reglamento, que prevé para la causación de esta prestación, el cumplimiento de ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la muerte, o trescientas (300), en cualquier época; pero para efectos del principio de la condición más beneficiosa, tal como fue recordado en reciente sentencia CSJ SL4064-2019, haciendo alusión a la providencia CSJ SL, 17 abr. 2013, rad. 47174, se toma como referencia para el cómputo de las semanas, el 1º de abril de 1994, hacia atrás, lo cual se itera, en este asunto, no alcanza el número mínimo requerido, imposibilitando la aplicación del principio constitucional alegado por la censura.

Por lo visto el cargo no sale avante.

Dada la improsperidad de los ataques, y como hubo réplica, se condenará en costas en el recurso extraordinario a la parte recurrente. Fijense como agencias en derecho la suma de \$4.240.000, las cuales liquidará el Juzgado de Primera Instancia conforme al artículo 366 del Código General del Proceso.

XIV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO**

CASA la sentencia dictada el veintiuno (21) de enero de dos mil catorce (2014), por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **LORENA HERRERA BARBOSA** contra **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, y la llamada en garantía, **SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A.**

Costas como se anunciaron.

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

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia de que el presente auto se dictó en la fecha y hora indicadas.

Bogotá, D. C. **10 MAR. 2020 5 P.M.**

SECRETARIA

Fernando Castillo Cadena
FERNANDO CASTILLO CADENA
Presidencia
 Presidente de la Sala

Gerardo Botero Zuluaga
GERARDO BOTERO ZULUAGA

Clara Cecilia Dueñas Quevedo
CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
 26/02/2020

Aclaro voto
JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia de que el presente auto se dictó en la fecha y hora indicadas.

Bogotá, D. C. **10 MAR. 2020 8 A.M.**

SECRETARIA

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia de que el presente auto se dictó en la fecha y hora indicadas.

Bogotá, D. C. **13 MAR. 2020 5 P.M.**

SECRETARIO