



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

RELEVANTE

SALA DE CASACIÓN LABORAL

ID	: 533649
M. PONENTE	: FERNANDO CASTILLO CADENA / GERARDO BOTERO ZULUAGA
NÚMERO DE PROCESO	: 45262
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SL4650-2017
FECHA	: 25/01/2017

TEMA: PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN - Las características del principio de la condición más beneficiosa son: i) Es una excepción al principio de la retrospectividad, ii) Opera en la sucesión o tránsito legislativo, iii) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro, iv) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, v) Protege las expectativas legítimas de las personas que poseen una situación jurídica y fáctica concreta y vi) Respeto la confianza legítima de los destinatarios de la norma

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN - Procede cuando se predica la aplicación del régimen inmediatamente anterior al vigente al momento del deceso del causante o de la estructuración de la invalidez, según corresponda -el juez no puede hacer un ejercicio histórico sobre normas que regulan la materia-

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN - En ningún caso los postulados aplicables a través de principios como el de la condición más beneficiosa, en virtud de un tránsito legislativo, tienen vocación de permanencia vitalicia porque ello haría inane el cambio legislativo

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » FINALIDAD - La condición más beneficiosa es un mecanismo que: i) Busca minimizar la rigurosidad propia del principio de aplicación general e inmediata de la ley, ii) Protege a un grupo poblacional que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia y iii) Al ser excepcional, su aplicación necesariamente es restringida y temporal

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - En el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, el principio de la condición más beneficiosa se aplica hasta el 29 de enero de 2006 a quienes tenían una expectativa legítima de acceder a la prestación antes de la entrada en vigencia de la nueva ley

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN - El principio de la condición más beneficiosa es un amparo construido temporalmente para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, las personas que tienen una situación jurídica concreta, con el objetivo de darles la posibilidad de que construyan los niveles de cotización que la nueva normativa exige

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN - Establecer un límite temporal del principio de la condición más beneficiosa se fundamenta en la necesidad de garantizar y proteger la cobertura del sistema bajo la égida de dicho principio

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN - El carácter temporal del principio de la condición más beneficiosa evita cargar al sistema general de pensiones obligaciones ilimitadas que no fueron previstas o incluidas en los análisis de sostenibilidad financiera al crear la nueva disposición

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN - Ante la ausencia de régimen de transición, en pensiones de invalidez y de sobrevivientes, los jueces pueden acudir a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, lo cual implica dar efectos ultractivos a la normatividad anterior

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - En el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 del 2003, quienes tenían una expectativa legítima y, por tanto, derecho a que se les aplique el principio de la condición más beneficiosa son: i) Los afiliados que al momento del cambio normativo se encontraban cotizando al sistema y habían aportado veintiséis semanas o más en cualquier tiempo, ii) Los afiliados que al momento del cambio legislativo no estaban cotizando al sistema pero habían aportado veintiséis semanas dentro el año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - En el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 del 2003, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, de los afiliados que al momento del cambio normativo se encontraban cotizando son: i) Estar cotizando para el 29 de enero de 2003, ii) Haber aportado veintiséis semanas en cualquier tiempo anterior al 29 de enero de 2003, iii) Que la muerte hubiese ocurrido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, iv) Que al momento de la fallecimiento estuviesen cotizando y v) Que hubiesen cotizado veintiséis semanas en cualquier tiempo anterior al deceso

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - En el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 del 2003, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, de los afiliados que al momento del cambio normativo no se encontraban cotizando son: i) No estar cotizando para el 29 de enero de 2003, ii) Haber aportado veintiséis semanas entre el 29 de enero de 2002 y el 29 de enero de 2003, iii) Que la muerte hubiese ocurrido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, iv) Que al

momento del deceso no estuviesen cotizando y v) Que hubiesen cotizado veintiséis semanas en el año anterior al deceso

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - En el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 del 2003, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, de los afiliados que al momento del cambio normativo se encontraban cotizando pero no lo estaban para el momento de la muerte son: i) Estar cotizando para el 29 de enero de 2003, ii) Haber aportado veintiséis semanas en cualquier tiempo anterior al 29 de enero de 2003, iii) Que la muerte hubiese ocurrido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, iv) Que al momento de la fallecimiento no estuviesen cotizando y v) Que hubiesen cotizado veintiséis semanas en el año anterior al deceso

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - En el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 del 2003, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, de los afiliados que al momento del cambio normativo no se encontraban cotizando pero sí lo hacían para el momento del fallecimiento son: i) No estar cotizando para el 29 de enero de 2003, ii) Haber aportado veintiséis semanas entre el 29 de enero de 2002 y el 29 de enero de 2003, iii) Que la muerte hubiese ocurrido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, iv) Que al momento del deceso estuviesen cotizando y v) Que hubiesen cotizado veintiséis semanas en cualquier tiempo anterior al deceso

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - En el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 del 2003, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa no es posible conceder la pensión de sobrevivientes a los afiliados que estaban cotizando al momento del cambio normativo y tenían veintiséis semanas en cualquier tiempo anterior, pero no se encontraban laborando para el momento del fallecimiento y no acreditaron veintiséis semanas en el año anterior al deceso

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN - El principio de proporcionalidad se desarrolla al establecerse un límite de aplicación en el tiempo del principio de la condición más beneficiosa para conceder la pensión de sobrevivientes, en la medida que preserva hasta el 29 de enero de 2006 las prerrogativas que tenían los afiliados por haber cumplido con las cotizaciones exigidas en la Ley 100 de 1993

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA » APLICACIÓN - Establecer un límite de aplicación en el tiempo del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra las normas internacionales en la medida en que ellas propenden por una política de racionalización financiera en la que se tengan en cuenta las generaciones presentes, pasadas y futuras

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD » APLICACIÓN - Si bien, el principio de progresividad no es absoluto, la imposición de condiciones regresivas impone al Estado una carga argumentativa sólida que justifique contrariar el postulado, pues la regresividad de una disposición debe fundarse en

potentes razones de cambios económicos o sociales que amenacen la viabilidad del sistema

PENSIONES » RÉGIMEN DE TRANSICIÓN » FINALIDAD - Los regímenes de transición, por regla general: i) Recae sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos, ii) Su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior, iii) Su propósito es evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados y iv) Es constitucionalmente legítimo que se utilicen para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley se vean desvirtuadas completamente por una posterior

PENSIONES » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD » APLICACIÓN EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - El número de semanas de cotización exigido en la Ley 797 de 2003 para conceder la pensión de sobrevivientes no evidencia una situación regresiva

PENSIONES » PENSIONES LEGALES » PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES, LEY 797 DE 2003 » NORMAS APLICABLES - La normatividad que rige la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del deceso del causante afiliado o pensionado

PENSIONES » RÉGIMEN DE TRANSICIÓN » APLICACIÓN - El régimen de transición está consagrado sólo para la pensión de vejez y no para las de sobrevivientes o invalidez, pues en la primera es posible determinar el momento en que se va a cumplir con los requisitos que la norma establece, a diferencia de las dos últimas, en las que dicho momento es improbable de predecir

**FERNANDO CASTILLO CADENA
GERARDO BOTERO ZULUAGA**

Magistrados ponentes

SL4650-2017

Radicación n.° 45262

Acta 02

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2009, por la

Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por **OLGA CECILIA VELARDE ARANGO**, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores **SANTIAGO** y **VERONICA GIRALDO VELARDE**, contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Téngase al Doctor CARLOS ANDRÉS PALACIOS CHAVERRA, como apoderado sustituto de la parte demandante recurrente, en los términos y para los efectos del memorial que obra a folio 32 del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

La parte accionante demandó en proceso laboral al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, procurando que tanto a ella como a sus dos menores hijos les sea reconocida y pagada la pensión de sobrevivientes a que tienen derecho por el fallecimiento de su compañero permanente y padre OSCAR DE JESÚS GIRALDO RUEDA, a partir del 14 de junio de 2003, en cuantía no inferior al salario mínimo legal, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, de conformidad con el primigenio art. 46 de la L. 100/1993, que exigía haber cotizado 26 semanas al momento del deceso. Así mismo, se les cancelen las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios de que trata el art. 141 *ibídem* o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas, más las costas del proceso.

Como sustento de sus peticiones, argumentó en resumen, que su compañero permanente Oscar de Jesús Giraldo Rueda, con quien hizo vida marital de hecho y procrearon dos hijos, falleció por causas de origen no profesional el 14 de junio de 2003; que el causante estuvo

afiliado al Instituto de Seguros Sociales y era «cotizante activo» para el momento de la muerte; que solicitó junto con sus hijos la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada mediante resolución No. 013210, en razón a que el afiliado a pesar de haber cotizado «*un total de 128 semanas durante toda su vida laboral, y aunque 39 (...) fueron cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores al fallecimiento, y acreditó un 13.49% de fidelidad de cotización al Sistema de Pensiones, no cumple con los requisitos del Artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (...) modificado por el literal b) del Numeral 2° del Artículo 12 de la Ley 797 de 1993 (sic) (...) el cual exige (...) un total de 50 semanas cotizadas en los tres (3) años anteriores al fallecimiento y una fidelidad del 20% (...)*»; que en subsidio les fue reconocida la indemnización sustitutiva en cuantía única de \$967.229,00; y que no interpuso ningún recurso contra dicha resolución, quedando agotada la reclamación administrativa.

Continuó diciendo, que en el último año inmediatamente anterior al deceso cotizó un total de 26,57 semanas, por lo que aplicando la normatividad más favorable y la condición más beneficiosa le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, lo que significa que el afiliado fallecido dejó causado el derecho con amparo en el original art. 46 de la L. 100/1993.

El Instituto convocado al proceso, al dar contestación a la demanda se opuso al éxito de las pretensiones incoadas; frente a los supuestos fácticos, admitió que los demandantes reclamaron al ISS la pensión de sobrevivientes, la cual les fue negada por no reunir los requisitos de ley, y de los demás dijo no constarle y que se atenía a lo que se probara. Propuso como excepciones, la de inexistencia de la obligación, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

En su defensa arguyó que el causante no cotizó el número necesario de semanas para acceder sus beneficiarios a la pensión de sobrevivientes, ni tampoco alcanzó el requisito de fidelidad al sistema, igualmente que no satisface las exigencias del original art. 46 de la L.100/1993.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Catorce Laboral del Circuito de Medellín, puso fin a la primera instancia mediante sentencia calendada 25 de abril de 2008, en la que declaró que el causante dejó causado el derecho en los términos del artículo 46 de la L.100/1993 en su redacción original, en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (numeral primero). Así mismo, que la demandante compañera permanente **OLGA CECILIA VELARDE ARANGO** y sus menores hijos **SANTIAGO** y **VERONICA GIRALDO VELARDE** son beneficiarios de la prestación reclamada (numeral segundo). Como consecuencia de ello, condenó al Instituto de Seguros Sociales a pagar a los mencionados actores «*en la proporción correspondiente, la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor Oscar de Jesús Giraldo Rueda, (...) a partir del 14 de junio de 2004, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente (...) sin perjuicio de los incrementos legales anuales*» y la indexación (numeral tercero). De otro lado, declaró la compensación de las sumas pagadas por la accionada a la parte actora a título de indemnización sustitutiva (numeral cuarto), e impuso las costas a la parte vencida ISS.

Para arribar a esa decisión, el *a quo* estimó que en presente asunto era procedente la aplicación de la condición más beneficiosa, por cuanto al encontrarse el afiliado «*cotizando*» al sistema para el momento de la muerte, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes por tener *128 semanas* cotizadas durante toda su vida laboral y «*más de 26 semanas*

dentro del último año inmediatamente anterior a su deceso» concretamente 26,7142, condición que antes de la reforma efectuada a la L.100/1993 art. 46 le hubiera permitido a los causahabientes acceder a dicha prestación, además que la calidad de beneficiarios de los demandantes quedó acreditada en el plenario, ya que el propio el ISS la reconoció al concederles la indemnización sustitutiva.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, al desatar el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, con sentencia del 11 de diciembre de 2009, revocó el fallo condenatorio de primer grado, para en su lugar absolver al ISS de todas las pretensiones, impuso las costas de primera instancia a la parte actora y se abstuvo de condenarlas en la alzada.

Para llegar a tal determinación, el *ad-quem* comenzó por decir que no existe discusión en torno a la fecha del fallecimiento del afiliado Oscar de Jesús Giraldo Rueda, que lo fue, el 14 de junio de 2003, ni sobre el número de semanas que éste alcanzó a cotizar durante toda su vida laboral. Que la controversia planteada está limitada a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

El Tribunal con apoyo en lo adoctrinado en la sentencia CSJ SL, 10 feb. 2009, rad. 34534, consideró que en este asunto no tenía cabida la denominada condición más beneficiosa, por cuanto los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes «(...) son los establecidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, esto es, que el afiliado hubiere cotizado por lo menos 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha del fallecimiento y tuviere una fidelidad al sistema del 20% de cotizaciones entre la misma fecha y aquella en (sic) cumplió 20

años de edad, lo que no ocurrió, tal como se puede colegir de la historia laboral obrante a folios 20 a 24 (...)».

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la parte demandante, fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, el cual se procederá a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Conforme se lee en el alcance de la impugnación, los recurrentes pretenden que se CASE la sentencia *«dictada por el (...) Tribunal Superior de Medellín (Sala Laboral), el día 11 de Diciembre de 2.009, que revocó la sentencia de Primera Instancia que había proferido el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, el día 11 de Diciembre de 2.009 (sic). Se provea sobre costas como es de rigor»*.

Con tal propósito formulan un cargo que denominaron «CARGO PRIMERO», que fue oportunamente replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Acusaron la sentencia impugnada de violar la ley sustancial por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea *«de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, lo que condujo a la infracción directa (falta de aplicación según reiterada jurisprudencia de esta Sala) del Artículo 46 del texto primigenio de la Ley 100 de 1.993, en relación con los artículos 11, 50, 141, 142»* de esa misma normativa.

Para su demostración, la censura en primer lugar señala que, dada la orientación del ataque, no está en discusión que el fallecimiento del afiliado se produjo el 14 de junio de 2003, que para esa fecha era cotizante activo, y que no tenía aportadas las 50 semanas en los tres (3) años anteriores al deceso ni el 20% de fidelidad al sistema, así mismo no se controvierte que durante su vida laboral cotizó un total de 128 semanas de las cuales *«39 fueron cotizadas en el año inmediatamente anterior a su deceso incluso parte de ellas en vigencia del texto primigenio de la ley 100 de 1993»*.

Luego indica que, conforme a la jurisprudencia actual, el principio de la condición más beneficiosa se encuentra contenido en el artículo 53 de la Carta Política, cuando consagra que *«La ley, los contratos, los acuerdos y convenios del trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores»*, lo cual debe armonizarse con el artículo 48 que *«garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social»*, lo que supone que al apoyarse el Tribunal en un antecedente jurisprudencial, le dio a tales preceptos constitucionales una intelección que no tienen.

A renglón seguido, los impugnantes se refirieron a los fines de la pensión de sobrevivientes en aras de proteger al núcleo familiar en caso de muerte de quien mantenía el hogar, máxime cuando hay menores de edad que están en debilidad manifiesta, para con ello decir que *«si en la Pensión de Sobrevivientes causada antes de Enero 29 de 2.003 se aplica el principio de la condición más beneficiosa en el transito normativo ocurrido entre el Decreto 758 de 1.990, reglamentario del Acuerdo 049 del mismo año y el texto primigenio de la Ley 100 de 1.993 (...) no se ve la razón atendible para que en el régimen de la pensión de sobrevivientes entre el transito (sic) normativo de la Ley 100 de 1.993 y la Ley 797 de 2003 no se aplique, en síntesis, ambas prestaciones pende (sic), en su*

causación de un hecho futuro e incierto, cual es, la muerte», y en tales condiciones los principios de equidad, progresividad y condición más beneficiosa tienen plena aplicación en ambas situaciones de tránsito legislativo.

Agregan que más allá de la Ley 100/1993 «quienes pretendan pensionarse por sobrevivientes solo le (sic) basta que el fallecido, hubiesen dejado la densidad de cotizaciones mínimas requeridas en el texto primigenio de la Ley 100 de 1993, y con sujeción a ello, bastaría solo con dejar 26 semanas cotizadas al momento del deceso, o en el año anterior al mismo, requisito que cumple a cabalidad mi mandante y su hija menor de edad pues, como atrás se anotó, el fallecido a la fecha del deceso se encontraba cotizando y dejó satisfechas 39 semanas para dicho momento.

Concluyen que, por lo expuesto, «el Tribunal aplicó indebidamente las disposiciones de la ley 797 de 2.003 que no se avienen al sublite y de paso infringió directamente (por falta de aplicación según reiterado criterio de esa Sala) las del texto primigenio de la Ley 100 de 1.993, que son las que gobiernan el caso a estudio; de donde deviene que el cargo deba salir adelante y procederse conforme se solicitó al fijar el alcance de la impugnación, máxime si se tiene que el asegurado, falleció a los cinco meses siguientes a la vigencia de la ley 797 de 2.003, esto es, que dejó parte de las 26 semanas incluso en vigencia del original texto de la ley 100 de 1.993».

VII. RÉPLICA

El Instituto demandado se opuso a la prosperidad de la acusación por las deficiencias de técnica que presenta, toda vez, en su decir, carece de un alcance de la impugnación debidamente formulado y centra el ataque en alegar la interpretación errónea de normas de rango constitucional y no de índole sustancial.

Además, el Tribunal no incurrió en ninguna violación de la ley, por cuanto el afiliado fallecido Oscar de Jesús Giraldo Rueda no reunió los

requisitos exigidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que es la norma aplicable al momento del deceso, sin que sea posible acoger una disposición distinta.

VII. CONSIDERACIONES

Desde el pórtico, se advierte que no le asiste razón a la réplica sobre los reproches técnicos enrostrados, por cuanto, si bien es cierto el alcance de la impugnación que es el *petitum* de la demanda de casación, en un comienzo se muestra insuficiente al no indicar el recurrente a esta Corporación cómo proceder en sede de instancia después de quebrada la sentencia impugnada, esto es, si confirmar, modificar o revocar el fallo del Juez de primer grado; también lo es que al manifestar la censura que ha de casarse la sentencia del juez de alzada «*que revocó la sentencia de primera instancia*», lo lógico es entender que con el recurso extraordinario se busca que la Corte luego de infirmar la decisión censurada, al actuar como tribunal de instancia confirme el fallo condenatorio del *a quo*.

Del mismo modo, en este asunto no constituye una falencia técnica el hecho de que la proposición jurídica se integrara con normas de rango constitucional, en la medida que aparecen acompañadas de preceptos legales sustantivos de orden nacional, lo cual lleva a que se tenga como suficiente esta exigencia contenida en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, art. 90-5-a. Además, al estar soportado el fallo del Tribunal en un antecedente jurisprudencial, uno de los conceptos de violación adecuado para encauzar el ataque sería la interpretación errónea, conforme lo explicó el censor en el desarrollo de la acusación.

Pues bien, dado que el cargo se dirige por el sendero de puro derecho, no hay controversia alguna en torno a los siguientes supuestos fácticos: (i) que el causante Oscar de Jesús Giraldo Rueda estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales; (ii) que Olga Cecilia Velarde Arango, fue su compañera permanente, con quien procreó dos hijos: Verónica y Santiago Giraldo Velarde; (iii) que dicho asegurado falleció el 14 de junio de 2003, momento para el cual era cotizante activo; (iv) que durante su vida laboral cotizó un total de 128 semanas, de las cuales 39 corresponden a los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento; (v) que para el momento en que empezó a regir la Ley 797 de 2003, 29 de enero de 2003, se encontraba cotizando y había aportado 108,72 semanas; (vi) que para la fecha en que falleció había cotizado un total de 128 semanas; y (vii) que el Instituto de Seguros Sociales, mediante resolución No. 013210 de 2004, que obra a fls. 12 y 13 del cuaderno principal, le negó a los promotores del proceso la pensión de sobrevivientes, por no reunir el causante el requisito de las cincuenta (50) semanas de cotización en los tres años que anteceden a su muerte, que exige el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y, en su lugar, les reconoció la indemnización sustitutiva.

Como se recuerda, la disconformidad de los recurrentes con el acto jurisdiccional controvertido gravita sobre tres ejes: a) que la Sala sentenciadora aplicó indebidamente el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, toda vez que de cara a los principios de la condición más beneficiosa y progresividad, dicha normativa no se puede acoger, al resultar más ventajosa o favorable para el afiliado demandante la disposición legal precedente que regula la pensión de sobrevivientes, esto es, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993; b) que en consecuencia, en este asunto se presentó la infracción directa de dicho precepto, en su versión original, el cual regula verdaderamente el caso debatido, cuyos

requisitos para acceder a la pensión deprecada se dan a satisfacción, por tener el causante más de 26 semanas aportadas al sistema; y c) que el Tribunal al no aplicar el principio de la condición más beneficiosa en este asunto, soportado en un antecedente jurisprudencial, incurrió en la interpretación errónea de la ley y de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

A. Algunas consideraciones necesarias

La condición más beneficiosa no puede ser estudiada insularmente toda vez que su efectividad se halla en la sucesión normativa, por ende, resulta de importancia, para una mayor comprensión, memorar tanto los efectos de la ley en el tiempo como las figuras de los derechos adquiridos, expectativas legítimas y meras expectativas.

1. Los efectos de la ley en el tiempo

1.1 Irretroactividad

La irretroactividad de la ley -salvo en materia penal-, es un principio universal, que en asuntos del trabajo y de la seguridad social tiene su fuente en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual las normas sobre trabajo, por ser de orden público, tienen efecto general inmediato y no retroactivo en cuanto no pueden afectar situaciones definidas o consumadas con arreglo a leyes anteriores (sentencia CSJ SL4105-2016 del 2 de mar. 2016, rad. 52908). Lo anterior por razones de seguridad y estabilidad jurídica.

En los eventos de la pensión de sobrevivientes, la nueva ley no puede afectar la prestación cuando se estructuró en vigencia de una

normatividad anterior, es decir, cuando el afiliado murió, en vigencia plena de la norma derogada, y dejó las cotizaciones mínimas que esta exigía.

1.2 Retrospectividad

La aplicación de la nueva ley a situaciones que están en curso o que no han quedado definidas conforme a leyes anteriores, es lo que se conoce como la retrospectividad de la ley, derrotero que también marca el citado precepto- 16 CST- (*ibídem*).

La nueva ley se aplica de manera inmediata a los casos de los afiliados que aún no han fallecido y que se encuentran cotizando.

1.3 Ultractividad

Es conocida como *«la posibilidad de subsistencia en el tiempo de los efectos de un precepto derogado en aquellos casos en que los derechos causados bajo su imperio sean reclamados posteriormente» (principio de supervivencia)*.

Se evidencia la ultractividad, *entre otros eventos*, cuando el legislador crea un régimen de transición para proteger a determinado grupo poblacional, con el fin de proteger sus expectativas (legítimas) frente al derecho extinguido o a sus condiciones de acceso.

2. Progresividad

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, en concordancia plena con las normas de derecho internacional ratificadas por nuestro país, en especial el Pacto de San José y el Protocolo de San

Salvador, los sistemas de derechos sociales, económicos y culturales deben ser progresivos. Implica de manera general, dando aplicación al postulado de universalidad, que cuando se logra una determinada cobertura del servicio público, esta no puede ser disminuida posteriormente. En lo individual, los requisitos de acceso a las prestaciones otorgadas por el servicio público, en principio, no pueden ser agravados por la acción estatal, pues tales per se materializan el nivel de protección social alcanzado. Toda imposición de requisitos más exigentes para el acceso a las prestaciones es sospechosa de regresividad y, por tanto, pero sólo en principio, inconstitucional. No es que los sistemas de derechos sociales y económicos no puedan ser regresivos en un momento determinado, lo pueden ser; pero para que el Estado pueda contrariar el postulado de progresividad debe fundamentar su decisión en poderosas razones derivadas de cambios sociales o económicos que amenacen la viabilidad del sistema de derechos.

A la luz del principio de progresividad se entiende que una reforma, siempre beneficia a la generalidad de la población, tanto a nivel de cobertura como de protección individual. La aplicación de principios, que permitan la aplicación retroactiva de la ley, solo se justifica en razones de favorabilidad, dada la presunción de progresividad, lo que en términos más simples, implica no expulsar a quienes, dada su situación concreta, ya están siendo protegidos, en caso de que con la nueva normativa se vea disminuido su nivel de protección individual.

Ahora, si en virtud de la urgencia de dar regresividad al sistema de derechos, se genera la medida y se justifica su real necesidad, aparece diamantino que la norma busca reducir la cobertura del servicio. Así, estas disposiciones son de aplicación inmediata y no se admite en forma alguna la posibilidad de aplicación ultractiva de los preceptos derogados

más favorables, a través de principios. Se itera, la norma regresiva, para que sea constitucionalmente admisible, debe estar debidamente sustentada.

Ello, entre otras razones, justifica la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para las pensiones de invalidez y de sobrevivientes en el tránsito legislativo a la Ley 100 de 1993, respecto de la normativa vigente inmediatamente anterior. En efecto, aparece que exigir un requisito de 26 semanas de cotización para el acceso a las prestaciones es más favorable para la mayoría de la población protegida; sin embargo, algunos que tenían una situación concreta con anterioridad podían verse desfavorecidos por la norma vigente: el principio emerge para brindar equidad natural al sistema y proteger al que ya se encontraba en el campo de protección de la seguridad social, dada su situación concreta.

La Ley 797 de 2003, al ser sometida a escrutinio constitucional, no fue tomada como regresiva al incrementar el requisito de semanas de cotización para el acceso a la pensión de invalidez y de sobrevivientes. Por tanto, opera la presunción general de que se trata de una norma progresiva y, como resultado, permite la aplicación de principios.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la aplicación de principios producto de los cambios normativos, en caso alguno pueden ser *in eternum*, pues existe un deber general, dada la obligatoriedad para el ciudadano de pertenecer al sistema, de cumplir con los programas de cotización establecidos en la ley vigente. Por tanto, trae como consecuencia que, en caso alguno, los postulados aplicables, a través de principios, por un tránsito tengan vocación de permanencia vitalicia, pues harían inane el cambio legislativo.

3. Sobre los derechos adquiridos, expectativas de derecho o legítimas y meras expectativas

3.1. Derechos adquiridos

Se entiende que hay un derecho adquirido cuando una persona ha satisfecho la totalidad de los requisitos que establece la ley, es decir, es aquél que ha entrado en el patrimonio de aquella.

En el caso de la pensión de sobrevivientes hablamos de derecho adquirido cuando se verifica, en el caso de un afiliado, la muerte de este y las semanas mínimas de cotización, previas a la muerte, exigidas como requisito de acceso a la prestación en el sistema general de seguridad social en pensiones.

3.2. Expectativas legítimas

Esta Sala en fallo CSJ SL del 18 de agos. 1999, rad. 11818, explicó que la expectativa de derecho comprende los derechos condicionales y los eventuales, que por su especial naturaleza confieren al futuro titular (de cumplirse la condición suspensiva, en los primeros, o completarse los elementos faltantes, en los segundos) posibilidades jurídicas de administración, conservación y disposición (artículos 575, 1215 y 1547 a 1549 del Código Civil).

Aclaró que, en tratándose de pensiones, integrados los requisitos necesarios para la consolidación del derecho en cabeza de su titular, nace la obligación de pagar la mesada que la ley impone, conforme a los parámetros en ella señalados, y el derecho correlativo de quien adquiere

la prestación. Antes no, porque mientras el derecho eventual se perfeccionaba hay apenas una expectativa de derecho, o mejor, un derecho en perspectiva, esto es, en vías de adquirirse; pero, nunca, un derecho adquirido.

Siguiendo este derrotero, y para el presente caso, habría expectativa legítima cuando el afiliado ha cotizado las semanas mínimas que exige la ley para cubrir la contingencia, pero aún no ha ocurrido la muerte.

3.3 Meras expectativas

Las meras expectativas no constituyen derecho en contra de la ley nueva que las anule o cercene (artículo 17 de la ley 153 de 1887).

Con las meras expectativas, en verdad, no se tiene nada, ninguno de los requisitos legales.

4. Sobre la norma aplicable en los eventos del reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes

Esta Corte de vieja data ha sostenido que la primera investigación, que debe hacer el juez al dictar el acto jurisdiccional, consiste en la selección de la norma aplicable, o sea, determinar la existencia y validez de esta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la disposición jurídica.

En ese horizonte, es criterio reiterado de esta Corporación que la *regla general* es la de que la contingencia está cobijada por la norma de seguridad social de la prestación pensional correspondiente vigente al

momento de su ocurrencia, esto es, para la pensión de sobrevivientes, la que está en vigor a la calenda de la muerte del afiliado o pensionado.

Cumple a ese propósito memorar que la Corte en sentencia CSJ SL7358-2014, del 11 de jun. 2014 rad. 46780, sostuvo que *«tal como lo tiene señalado la jurisprudencia de esta Sala, la regla general es que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. (CSJ SL 10 Jun 2009, Rad. 36135; 1° Feb 2011, Rad. 42828; 23 Mar 2011, Rad. 39887; y 3 de May 2011, Rad. 37799, entre otras)»*.

Es claro que, además de ampararse el instituto jurídico del derecho adquirido, esta premisa respeta tanto el amplio margen de configuración que tiene sobre el sistema el Congreso de la República como las razones de necesidad, oportunidad y equidad que motivan la necesidad de un cambio legislativo.

Para atenuar de alguna manera los efectos de un cambio abrupto en las reglas de juego, dada una reforma legal, se estila en las leyes sociales implementar regímenes de transición. Dado que los cambios legislativos en materia de derecho social, que obedecen a la necesidad de ajustar los parámetros de acceso y en algunas ocasiones de reevaluar el alcance de los elementos esenciales del derecho en respuesta a los cambios económicos, sociales y aún culturales, establecen requisitos más exigentes de acceso a las prestaciones, la justificación de establecer un régimen de transición aparece lógico para lograr un tránsito armónico y pacífico que minimice las consecuencias que pudieran resultar tanto en la población que tenía una expectativa legítima, frente al acceso al derecho, como en el proveedor del derecho, en este caso el

Estado, por ejemplo en su necesidad de hacer sostenible financiera y económicamente el sistema de derechos prestacionales.

No obstante lo anterior, en algunas ocasiones escapan al legislador ciertas consecuencias indeseables, por injustas e inequitativas, derivadas del tránsito legislativo, que ameritan, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, la aplicación de los principios con venero en el orden jurídico, como el de la condición más beneficiosa, para resolver el problema social que se ocasiona por la implementación del nuevo ordenamiento.

Hechas las anteriores precisiones la Sala procede a estudiar el principio de la condición más beneficiosa.

B. En torno a los elementos característicos del principio de la condición más beneficiosa

Esta Corporación ha estimado que el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

- a) Es una excepción al principio de la retrospectividad.
- b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo.
- c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.
- d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva.

- e) Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen *una situación jurídica y fáctica concreta*, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada.
- f) Respeto la confianza legítima de los destinatarios de la norma.
Expliquemos cada uno de ellos:

1. Excepción a la retrospectividad de la ley

La condición más beneficiosa, a no dudarlo, se entiende como un mecanismo que permite atenuar la rigurosidad del principio de la aplicación general e inmediata de la ley, pues permite que la disposición derogada permanezca vigente en presencia de una situación concreta, materializada en una expectativa legítima conforme a la ley anterior.

2. Opera en sucesión o tránsito legislativo

La pregunta relevante es ¿qué se entiende por tránsito legislativo? El tránsito legislativo es un momento único, que se da, en forma simple cuando se sanciona y promulga una nueva ley.

Los efectos del tránsito legislativo, como ya se dijo, por regla general son inmediatos. Existen, desde luego, excepciones, como la que rigen para los impuestos anuales, caso en el cual las normas tributarias, por ejemplo sobre impuesto de renta, rigen a partir del siguiente año fiscal; o las que protegen derechos adquiridos que no se

pueden violar en virtud del artículo 58 de la Constitución Política. (aunque puede obrar la expropiación).

En el caso de derechos sociales, el tránsito legislativo lleva a prever en la norma reformativa, la protección a los derechos adquiridos y, en algunas ocasiones, regímenes de transición; en otras no: por ejemplo, la Ley 797 de 2003 que reformó la manera de determinar el monto y cuantía de la pensión de vejez para los afiliados al régimen de prima media no estableció régimen de transición alguno para salvaguardar estos aspectos.

Los derechos adquiridos y los regímenes de transición, plenos o parciales, otorgan protección temporal, total o parcial a los ciudadanos. En materia del derecho adquirido el amparo es vitalicio o pleno; en el caso de los regímenes de transición es temporal, pero puede ser pleno o parcial. En el evento de la Ley 33 de 1985 la garantía fue plena para quienes tenían 20 años de servicios, pues se les aplica en su integridad el régimen anterior; mientras que en la Ley 100 de 1993 la protección es parcial porque, para construir el derecho a la pensión, solo se toman los parámetros de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto del régimen anterior.

Entonces, es el legislador el que define qué protección concede y el lapso por el cual la otorga. Si no fija consecuencias temporales mediante medidas de protección, debe estarse, en principio, a la aplicación inmediata de la ley.

3. Aplicación de la normatividad inmediatamente precedente

No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido –a su vez- a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle una especie de efectos *«plusultractivos»*, que resquebraja el valor de la seguridad jurídica (sentencia CSJ SL, del 9 de dic. 2008, rad. 32642).

4. A falta de régimen de transición

Los regímenes de transición, por regla general, sólo protegen expectativas legítimas, es decir, se centran en la protección de aquellos grupos de población cercanos al cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación.

En la misma dirección la Corte Constitucional en fallo C-663/07, recalcó que los regímenes de transición, a) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; b) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior; c) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición; y d) es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura

del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a consolidarse bajo el régimen previo.

Conviene precisar que, en relación con las pensiones de invalidez y sobrevivientes, no ha existido un régimen de transición en nuestra historia legal. Ello no ha sido óbice para que el operador jurídico busque principios de favorabilidad a través, por ejemplo, de la definición de derecho adquirido recayendo en la fecha de estructuración, buscando normas de acceso más favorables que las que rigen al momento de la declaratoria.

La pregunta que surge es ¿por qué si han existido normas de protección para las pensiones de jubilación o vejez, a través de regímenes de transición, no han existido normas de protección para la invalidez y la muerte? Un principio de respuesta puede darse si se tiene en cuenta que la vejez, durante la vida laboral del individuo, es un hecho relativamente cierto mientras que, por ejemplo, la invalidez es relativamente incierto y poco probable. Dicho en otras palabras, el régimen de transición en las pensiones de vejez se da porque es viable considerar la mayor o menor aproximación a la edad y al total de cotizaciones exigidas bajo un régimen, para determinar el grupo de la población que eventualmente puede acceder a esa prestación (por el transcurso del tiempo – hecho determinable -, ya para completar cierta edad o para sumar un período de cotizaciones); mientras que en la de invalidez, por ejemplo, obedece a contingencias improbables de predecir y, por ende, no regulables por un régimen de transición (sentencia CSJ SL de 5 de jul. 2005, rad. 24.280).

De manera que, por regla general, en presencia de regímenes de transición, la condición más beneficiosa no puede aplicarse pues haría nugatorios todos los objetivos económicos y sociales que con una reforma pretenden lograrse y, desde el umbral, debe aplicarse en torno a normas de impacto mediato.

5. El destinatario posee una situación jurídica concreta- expectativa legítima-

En pensiones de siniestro, como las de invalidez y sobrevivientes, no es fácil establecer qué es una situación jurídica concreta. Empero, se ha entendido por la Jurisprudencia que la situación es concreta si se cumple en estos casos con la densidad de semanas de cotización, dentro del plazo estrictamente exigido por la normatividad aplicable

Así, por ejemplo en el régimen de los seguros sociales obligatorios, la situación es concreta si el afiliado cotizó 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, dado que la norma exigía ese número de semanas de cotización en todo el tiempo.

Con la vigencia de la Ley 100 de 1993, en parte puede existir una definición de situación concreta a estos efectos, dado que la norma precisa tal situación dependiendo de la cotización efectiva.

6. Respeto a la confianza legítima

El objeto primordial de la confianza legítima es amparar una «*expectativa legítima*», entendida ésta, se itera, como aquella situación jurídica o material concretada en favor de un particular. No se trata,

como lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de que el administrado tenga un derecho adquirido *«sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración»*. (Sentencia CC del 28 abr. 2011, rad.T-308-2011).

También se ha entendido como la expectativa que la Corte ha generado en los justiciables, sobre la procedencia del principio de la condición más beneficiosa en caso de sucesión inmediata de normas que regulan las prestaciones pensionales de invalidez y sobrevivientes, y que le impone actuar con coherencia y congruencia en asuntos donde se debaten similares situaciones a las cobijadas por éste, sin menoscabo de su facultad de variar la postura asumida de encontrar tal necesidad conforme a nuevos criterios (sentencia CSJ STL9394-2015, del 15 de jul. 2015, rad. 40552).

C. Sobre la declaratoria de exequibilidad del requisito de 50 semanas en los tres años anteriores a la muerte

Descritas las anteriores características, se impone necesario, para la comprensión de la aplicación de la condición más beneficiosa, recordar que la Corte Constitucional, en sentencia C-428/09, declaró exequible el requisito de acceso a la pensión consistente en haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al momento de la invalidez (artículo 1° de la Ley 860 de 2003), argumentos que sirven para entender que, el mismo requisito estatuido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de sobrevivientes, también se encuentra conforme a la Carta Magna.

El Tribunal constitucional, entre otros aspectos, destacó que:

a) No implica una regresión en materia de exigibilidad de la prestación, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez.

b) El aumento -de uno a tres años- favoreció enormemente a sectores de la población que carecen de un empleo permanente.

c) Este aspecto es especialmente relevante si se tiene en cuenta la evidente inestabilidad del mercado laboral colombiano en el que tan sólo el 39% de las personas afiliadas al sistema pensional paga su cotización en un mes dado. Lo anterior implica que la medida, a pesar de hacer más gravoso el requisito de semanas mínimas de cotización, *prima facie*, en realidad está permitiendo a ciertos grupos poblacionales el acceso a una prestación que anteriormente les estaba vedada: les exigía cotizar el 50% del tiempo trabajado en el año inmediatamente anterior al momento de la estructuración de la invalidez en caso de que no se encontraran cotizando, dejando de lado situaciones como la informalidad o el desempleo que tanto afectan a la población. En el actual régimen, el porcentaje exigido es variable y en promedio se ubica en el 33% de la carga de cotización, es decir, que supone cotizar en promedio 16.6 semanas en cada año durante los últimos 3 años, siendo antes que regresiva, favorable a los intereses de muchos cotizantes, sobre todo a los trabajadores que no poseen un empleo permanente.

d) Esta circunstancia conduce a señalar que el supuesto carácter inequívocamente regresivo de la medida no es cierto, y que, por el contrario, se puede derivar de su aplicación una progresión en el

acceso a la pensión de invalidez al reducirse la densidad requerida para que sea concedida.

e) El legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas, conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual faculta al legislador para darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

f) Queda contradicho el carácter inequívocamente regresivo de la disposición, pues no se puede generalizar la presunta afectación a toda la población.

D. Temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

Como se recuerda la condición más beneficiosa es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal.

Sin perder de vista lo precedente, y una vez analizada la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, brota espontánea una primera conclusión: el legislador jamás pretendió perpetuar las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de sobrevivientes, y si bien

con la condición más beneficiosa debe respetarse o mejor resguardarse los hechos denominados por la doctrina foránea «*intertemporales*» que se generan con personas que tienen una situación jurídica concreta, ello no puede llevar a mantener, *per secula seculorum*, la protección de «*derechos que no son derechos*», en contra posición de la nueva ley que ha sido proferida honrando la Constitución Política.

De suerte que, a falta de normatividad expresa, el principio de la condición más beneficiosa emerge como un puente de *amparo* construido *temporalmente* para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, aquellas personas que, itérese, tienen una situación jurídica concreta, con el único objetivo de que, en la medida que lo recorren, paulatinamente vayan construyendo los «*niveles*» de cotización que la normativa actual exige.

Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «*zona de paso*» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de *tres años*, tiempo este que la nueva normativa (Ley 797 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización-50- y una vez verificada la contingencia de la muerte los causahabientes puedan acceder a la prestación correspondiente.

Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «*derechos en curso de adquisición*», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «*con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición*», cual es, la muerte.

Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, *exclusivamente para las personas con una expectativa legítima*. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con *expectativa legítima*, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

Es inocultable que si las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados.

Con tal óptica, es de verse que si los regímenes de transición tienen duración limitada y cuantificable en el tiempo, y que, para algún sector,

es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración «*porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas*», caben las siguientes preguntas ¿cómo entender que el principio de la condición más beneficiosa sí permanezca en vigor sin límite alguno en el tiempo? Si un régimen de transición no es permanente, ¿bajo qué argumento puede sostenerse que el uso de la condición más beneficiosa sí lo sea? si precisamente, como se explicó, los derechos adquiridos son diferentes a las expectativas legítimas. No hay argumentos que, *prima facie*, lo justifique.

No se pierda de vista que ha transcurrido más de 13 años desde cuando acaeció el cambio normativo, 29 de enero de 2003, es decir, lapso de tiempo que incluso superó el término del régimen de transición dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, para las pensiones por vejez. Por tanto ¿se justifica mantener con vida lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, más allá del tercer año de vigencia de la Ley 797 de 2003, so pretexto de emplear la condición más beneficiosa, cuando, se repite esta ley dispuso un margen de tres años para satisfacer la densidad de semanas de cotización?

De suyo, también se cumple con lo asentado por la Sala respecto a la deliberada voluntad del legislador en la reforma introducida al sistema pensional con la Ley 797 de 2003, que propende por asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo.

Desde la perspectiva anterior, si la condición más beneficiosa tiene cabida por vía de excepción y su aplicación es restrictiva, no es dable emplearla con un carácter indefinido. Tampoco es factible, en virtud del

principio de inescindibilidad de la ley, alterar la normativa que se ha de aplicar en virtud del principio examinado

Una reflexión insoslayable, el fallecimiento del afiliado es un supuesto ineludible de la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, no es un requisito de exigibilidad. Ello explica que no basta satisfacer la densidad de cotizaciones en cualquier tiempo para entender consolidado el derecho, sino que los dos elementos deben acontecer dentro del ámbito temporal que establece la ley. Este planteamiento permite entender la justificación de la condición más beneficiosa y su permanencia efímera.

Hay que añadir, eso sí, que al ponderarse el principio de esta forma, también se evita cargarle al sistema general de pensiones obligaciones ilimitadas, que, sin hesitación alguna, no fueron previstas o incluidas en los análisis de sostenibilidad financiera al tiempo de crear la nueva disposición, justamente por la dificultad de hacerlo dada la naturaleza de la contingencia que se ampara.

Llegados a este punto del sendero, como resulta de útil e importante traer a colación el siguiente pasaje de la sentencia C-781 de 2003, proferida por la Corte Constitucional, que, en la misma dirección, señaló:

[Ello]no significa que la legislación deba permanecer petrificada indefinidamente y que no pueda sufrir cambios o alteraciones, y tampoco que toda modificación normativa per se desconozca derechos adquiridos, 'pues nadie tiene derecho a una cierta y eterna reglamentación de sus derechos y obligaciones, ni aún en materia laboral en la cual la regla general, que participa de la definición general de este fenómeno jurídico, en principio hace aplicable la nueva ley a todo contrato en curso, aun si se tiene en cuenta aspectos pasados que aún no están consumados, y tiene por lo tanto efectos retrospectivos, de un lado, y pro futuro, del otro'. (El texto original sin subrayado)

Asimismo, el margen establecido responde a la efectividad de los principios de solidaridad y equidad, habida cuenta de que con el cambio legal no se afecta repentinamente la expectativa legítima, dado que, insístase, se permite la continuidad temporal de las reglas derogadas, evitándose un paralelismo normativo, *ad aeternum*, no querido por el legislador.

Lo discurrido se explica de la siguiente manera:

El primigenio artículo 46 de la Ley 100 de 1993, dispuso:

Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: (...)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte (...)

Del anterior mandato se desprende dos situaciones que dan acceso a la prestación:

-Afiliado que se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento.

Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse la muerte, es decir, en cualquier tiempo.

-Afiliado que no se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento.

Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Nótese que a diferencia del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049, el legislador del 93 estableció como criterio de acceso el hecho de la cotización efectiva al sistema, al momento de la muerte o invalidez, para estructurar el requisito de semanas de cotización. En efecto, mientras que la normativa anterior exigía haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo o 150 semanas dentro de los seis años anteriores al momento del siniestro, sin establecer el requisito de cotización al momento de la muerte o invalidez; en la legislación de 1993, el nivel de concentración de las semanas de cotización exigidas en un determinado lapso depende del hecho de la cotización efectiva al momento de la invalidez.

Teniendo en cuenta lo dicho, *¿Cómo se expresa la situación jurídica concreta en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003?*

1. Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

En este evento la situación jurídica concreta emerge si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) estaba cotizando al sistema, y (ii) había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Ello por cuanto no solamente se da eficacia, sino que también se satisface con la densidad de semanas de cotización efectuadas dentro del plazo estrictamente exigido por el mandato abolido.

Cumple a ese propósito dejar en claro, empero, que si el asegurado estaba cotizando para el 29 de enero de 2003 y *no tenía en su haber* 26 semanas de cotización en cualquier tiempo, no es poseedor de una situación jurídica concreta y, en consecuencia, se le aplica con rigurosidad la Ley 797 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues repárese en que no tiene una expectativa legítima ni mucho menos un derecho adquirido. En resolución, en este caso no hay condición más beneficiosa.

2. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

En esta hipótesis la situación jurídica concreta aflora si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) no estaba cotizando al sistema, (ii) pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003.

Ello, toda vez que se cumple con la densidad de semanas de cotización, dentro del interregno estrictamente exigido por el precepto derogado.

Si el afiliado no estaba cotizando para el 29 de enero de 2003 y *no tenía* 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003, no tiene una situación jurídica concreta y, por ende, también se aplica con todo el rigor la Ley 797 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues no posee

una expectativa legítima y mucho menos un derecho adquirido. En conclusión, tampoco hay condición más beneficiosa.

3. Recapitulación

Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
- d) Que al momento de la fallecimiento estuviese cotizando, y
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.

c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.

d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la muerte - « hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, es dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, no aplica tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, el afiliado se

encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la muerte - *«hecho que hace exigible el acceso a la pensión»*- que debe suceder entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente se aplica el postulado de la condición más beneficiosa. La Sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, no se aplica dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002, no existe una situación jurídica concreta.

E. Protección a los beneficiarios a través de la indemnización sustitutiva

Conviene enfatizar que si la pensión de sobrevivientes no es reconocida por la falta de las semanas de cotización establecidas en la ley de seguridad social, o por la condición más beneficiosa, el sistema ha previsto unas prestaciones sucedáneas, cuales son, la indemnización sustitutiva o la devolución total de los aportes consignados en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Así, los beneficiarios no quedan desamparados.

F. Otra protección

Tampoco hay que pasar por alto, otra trascendental protección consagrada en el parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, según la cual cuando un asegurado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media con prestación definida en tiempo anterior a su deceso, los beneficiarios a la prestación tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de dicha ley.

G. Aplicar de esta manera la condición más beneficiosa no atenta contra el principio de proporcionalidad

Conforme al principio de proporcionalidad, *«el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión»* (sentencia CC, C-789-2002).

De cara a ello, se exhibe cristalino que la forma como se aplica la condición más beneficiosa no atenta contra el principio de la proporcionalidad, sino que, por el contrario, lo desarrolla en la medida que preserva hasta el 29 de enero de 2006, las prerrogativas de los

afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido con las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable –Ley 100 de 1993- antes de entrar a regir la Ley 797 de 2003 sin que se haya dado la muerte, componente este que debe constatarse, como ya se dijo, durante el mencionado periodo de tiempo.

H. Tampoco vulnera normas internacionales

Esta Corte en sentencia CSJ SL del 2 de sep. 2008, rad. 32765 explicó que según señalan los convenios internacionales que fundan la seguridad social, ésta debe entenderse como una economía del bienestar justa que comprenda a las generaciones presentes, pasadas y futuras. A manera de ilustración, el numeral 3° del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999 establece que *«3. Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada».*

De suerte que, al aplicar el postulado de la condición más beneficiosa únicamente durante el periodo de tiempo explicado, a no dudarlo, se satisface a cabalidad con los objetivos trazados en el numeral 3° del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999, pues, reitérese, que este no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga, de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se

afecte la eficiencia, universalidad, integridad, participación, progresividad, solidaridad, sostenibilidad y responsabilidad financiera, así como la justicia redistributiva.

Igualmente, se cumple con lo dispuesto en el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT que advierte que *«En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación»* y, solo a título de referencia, también con la parte pertinente del Convenio 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, que dispone: *«Artículo 30. La legislación nacional deberá, bajo condiciones prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes»*.

I. El principio de la condición más beneficiosa no es absoluto

Ya se ha dicho que la utilización de la condición más beneficiosa no debe entenderse como una etapa permanente de protección pues, como lo sostuvo esta Corporación en sentencia CSJ SL del 2 de sep. 2008, rad 32765, la obligación de progresividad bajo la cual el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto ni inflexible, debe estar sujeta a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema. El juicio de progresividad, comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a la anterior, no puede responder a una mera racionalidad del interés individual que se

examina, sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social, debe atender la dimensión colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como de los que se deben ofrecer mañana.

En igual sentido la Sala en providencia CSJ SL del 9 de dic. 2008, rad. 32642, reiteró que este principio no puede erigirse en una regla absoluta, porque en un Estado constitucional no hay lugar a mandatos de ese género, pues en manera alguna debe conducir al anquilosamiento de la normatividad laboral.

J. La condición más beneficiosa y la teoría de la irreversibilidad

La aplicación de la condición más beneficiosa con el límite trazado, traduce que el sistema general de pensiones, específicamente en tratándose de la contingencia de la muerte, no es inmodificable, de modo que la aplicación de las normas de la Ley 100 de 1993, no instituye derecho irreversible, *«que se eternizan en el futuro como inamovibles»*.

K. La solidaridad del ciudadano en contribuir con la seguridad social

Se explicó que, en tratándose de la pensión de sobrevivientes, no basta con que el afiliado aporte al sistema de seguridad social el número mínimo de las semanas para que se entienda satisfecho los requisitos para que los beneficiarios accedan a la prestación, sino que también es incontestable de que se verifique el hecho de la muerte durante el periodo de protección y, si bien, en determinados y exceptuados casos, en el tránsito legislativo, se aplica la condición más beneficiosa, ello no

implica que el ciudadano pueda abstenerse de continuar con su deber de cotización.

Resulta inevitable, frente a los cambios normativos, la utilización del principio constitucional de solidaridad social, como expresión de la prevalencia del interés general sobre el individual, lo cual permite el sacrificio del disfrute de un mejor estar de unos pocos miembros de la colectividad, siempre que la sociedad, en general, alcance un beneficio agregado, con fundamento en la repartición de cargas consagrada en el artículo 95 de la Ley Fundamental de 1991 y que impone a todos los integrantes de la comunidad nacional responsabilidades, entre las que se enmarca, sin duda, el deber de contribuir al sostenimiento del sistema integral de la seguridad social, como lo pregona el artículo 1° de la Ley 100 de 1993 (sentencia CSJ SL, del 9 de dic. 2008, rad. 32642).

L. Nueva línea de pensamiento de la Corte

Las conclusiones asentadas constituyen la nueva doctrina de la Sala Laboral de la Corte sobre el principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

M. Caso concreto

Lo primero que hay que decir, enfáticamente, *es que el Tribunal atinó en torno a que por regla general, la norma aplicable es aquella que se encuentre vigente al momento de la muerte.* Toda vez que en el presente asunto tal suceso ocurrió el 14 de junio de 2003, la disposición que en principio gobierna la situación pensional de los beneficiarios

demandantes es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 46 de la Ley 100 de 1993.

Como en el asunto bajo examen el señor Oscar de Jesús Giraldo Rueda para la data en que empezó a regir la Ley 797 de 2003 (29 de enero de 2003), estaba cotizando (folio 23), debemos ubicarnos en la primera hipótesis analizada.

Revisemos entonces los supuestos para identificar si lo actores tienen derecho a que se les reconozca la pensión de sobrevivientes en desarrollado del principio de la condición más beneficiosa:

1. Que al 29 de enero de 2003 el causante estuviese cotizando: de acuerdo con la historia laboral de folio 23, el señor Oscar de Jesús Giraldo Rueda, para dicha fecha efectivamente estaba cotizando.

2. Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003: tenía 108,72 semanas de cotización con anterioridad al 29 de enero de 2003.

3. Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006: el señor Oscar de Jesús Giraldo Rueda falleció el 14 de junio de 2003.

4. Que al momento de la muerte estuviese cotizando: según historia laboral de folio 23, el causante estaba cotizando para la calenda del deceso, y

5. Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la muerte: con anterioridad a la muerte el señor Oscar de Jesús Giraldo Rueda cotizó un total de 128 semanas.

Puestas en esa dirección las cosas, es patente que se cumplen los supuestos para aplicar la condición más beneficiosa, según se enuncia en el siguiente cuadro:

TOTAL SEMANAS ANTERIORES A LA LEY 797 DE 2003	FECHAS		N° DE	TOTAL SEMANAS ANTERIORES AL FALLECIMIENTO	3 ULTIMOS AÑOS ANT. AL FALLECIMIENTO	
	DESDE	HASTA	SEMANAS			
<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: fit-content; margin: auto;"> 29/01/2003 108,72 </div>	25-ago-86	13/06/2001	88,43	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: fit-content; margin: auto;"> 14/06/2003 128,00 </div>	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: fit-content; margin: auto;"> 14/06/2000 39,57 </div>	
	14/06/2000	30/06/2000	-			
	01/11/2001	30/11/2001	-			
	01/12/2001	31/12/2001	-			
	01/01/2002	28/01/2002	-			
	29/01/2002	31/01/2002	-			
	01/02/2002	28/02/2002	4,29			
	01/03/2002	31/03/2002	4,29			
	01/04/2002	30/04/2002	4,29			
	01/05/2002	31/05/2002	-			
	01/06/2002	14/06/2002	-			
	15/06/2002	30/06/2002	-			
	01/07/2002	31/07/2002	1,29			
	01/08/2002	31/08/2002	4,29			
	01/09/2002	30/09/2002	0,43			
	01/10/2002	31/10/2002	-			
	01/11/2002	30/11/2002	-			
	01/12/2002	31/12/2002	-			
	01/01/2003	29/01/2003	1,43			
	30/01/2003	31/01/2003	-			
	01/02/2003	28/02/2003	4,29			
	01/03/2003	31/03/2003	4,29			
	01/04/2003	30/04/2003	4,29			
	01/05/2003	31/05/2003	4,29			
	01/06/2003	14/06/2003	2,14			
	TOTAL					128,00

El corolario obligado de lo expuesto, es que es dable la aplicación de la condición más beneficiosa en los términos señalados, por lo que **habrá de casarse** la sentencia impugnada.

VIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

Procede la sala a resolver los recursos de alzada así:

1. Parte demandada

1.1. Recuérdese ahora que, en la esfera casacional, quedó explicado que en este asunto es procedente la condena al pago de la pensión de sobrevivientes, en aplicación a la condición más beneficiosa, luego se confirmará la decisión del juez *a quo*, por las razones esgrimidas.

1.2. En lo que atañe a los intereses moratorios, solo baste recordar que el juez de primera de instancia no condenó por este concepto. Y según la jurisprudencia de esta Sala tampoco es procedente (ver sentencia CSJ SL12018-2016, del 27 de jul. 2016, rad. 65746).

1.3. Tocante a la imposición de costas judiciales de la primera instancia, contrario a lo sostenido por el accionado, sí resulta pertinente, habida cuenta que el CPC. Art. 392, modificado por el D. 2282/1989 Art 1° numeral 198, la L.794/2003 Art. 42, y la L. 1395/2010 Art. 19, aplicables en materia laboral por remisión del CPT y SS Art. 145, consagra esta carga o imposición a la parte vencida en la *litis*, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, suplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y entendidas entonces las costas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida judicialmente, que en este caso es el ISS, no es procedente acudir al postulado de la buena fe para su exoneración, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos.

Finalmente, en lo concerniente a la condena de la indexación de las sumas adeudadas, este punto se estudiará por la Sala conjuntamente con el recurso de alzada propuesto por la parte actora.

2. Parte demandante

2.1 Reconocimiento de la pensión

Efectivamente el juez de primer grado se equivocó por cuanto el señor Oscar de Jesús Giraldo Rueda, falleció el 14 de junio de 2003, luego es a partir de tal fecha que se debe reconocer la prestación, máxime cuando en este asunto no operó el fenómeno de la prescripción.

2.2 Sobre el pago de los intereses de mora previstos en la L. 100/1993 art. 141

Como la condena impuesta al Instituto de Seguros Sociales surge de la creación jurisprudencial no hay lugar a la condena por este concepto. Al no accederse a los intereses moratorios, es procedente la indexación de las sumas adeudadas, como quiera que las mesadas atrasadas sufrieron una devaluación monetaria.

Cabe agregar que, como las partes no controvertieron en sede de casación, la cuantía con la que el Juez de conocimiento ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes, equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, en la proporción que le corresponda a cada beneficiario, junto con los incrementos legales anuales, al igual que no cuestionaron la compensación que se dispuso en relación con lo cancelado por indemnización sustitutiva, estos aspectos permanecen incólumes.

Sin embargo, para dar cumplimiento a lo regulado en el artículo 307 del Código de Procedimiento hoy 283 del Código General de Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión analógica permitida por el 145 del estatuto instrumental del trabajo y de la seguridad social, en cuanto a que la condena no sea «*in genere*» sino en concreto, esto es, por cantidad y valores determinados, se procede a continuación a fijar el valor de la mesada pensional y liquidar el correspondiente retroactivo, a partir del 14 de junio de 2003, junto con la indexación, lo cual es dable discriminar en el siguiente cuadro:

FECHAS		VALOR PENSIÓN	JVo. DE PAGOS	VALOR MESADAS	VALOR INDEXACION
DESDE	HASTA				
14/06/2003	31/12/2003	S 332.000.00	8,13	\$ 2.700.266.67	S 2.078.268.80
01/01/2004	31/12/2004	S 358.000.00	14	\$ 5.012.000.00	S 3.433.892.91
01/01/2005	31/12/2005	\$ 381.500,00	14	S 5.341.000,00	S 3.228.803.36
01/01/2006	31/12/2006	S 408.000,00	14	\$ 5.712.000,00	\$ 3.076.879.72
01/01/2007	31/12/2007	\$ 433.700.00	14	\$ 6.071.800.00	S 2.776.346.85
01/01/2008	31/12/2008	S 461.500.00	14	S 6.461.000.00	S 2.335.065,88
01/01/2009	31/12/2009	\$ 496.900.00	14	\$ 6.956.600.00	S 2.145.723.78
01/01/2010	31/12/2010	S 515.000,00	14	\$ 7.210.000,00	S 2.008.784.41
01/01/2011	31/12/2011	S 535.600,00	14	S 7.498.400.00	\$ 1.771.912.70
01/01/2012	31/12/2012	\$ 566.700.00	14	\$ 7.933.800.00	S 1.577.827,01
01/01/2013	31/12/2013	\$ 589.500,00	14	\$ 8.253.000.00	S 1.445.359,27
01/01/2014	31/12/2014	\$ 616.000,00	14	\$ 8.624.000,00	\$ 1.220.985,63
01/01/2015	31/12/2015	S 644.350.00	14	S 9.020.900.00	S 781.584.62
01/01/2016	31/12/2016	S 689.455.00	14	\$ 9.652.370.00	\$ 106.676.97
TOTAL				\$ 96.447.136,67	\$27.988.111,91

En consecuencia, con una mesada pensional equivalente al salario mínimo legal, los demandantes deberán recibir un retroactivo pensional liquidado hasta el mes de diciembre de 2016, por la suma de \$96.447.136,67, más la indexación equivalente a \$27.988.111,91, montos que se deberán distribuir entre los demandantes en la proporción de ley, es decir el 50% para la compañera permanente y el

otro 50% para los menores hijos, resultando una mesada a pagar para el año 2016 en la suma de \$689.455,00, que se deberá seguir cancelando con los incrementos anuales de ley. De la condena en precedencia, como lo ordenó el *a quo*, la entidad demandada podrá descontar lo pagado por indemnización sustitutiva a cada accionante, conforme aparece en la resolución No. 013210 de 2004 que obra a fls. 12 y 13 del cuaderno principal, así como los aportes al sistema general de seguridad social en salud.

Por último, en lo relativo a las excepciones propuestas por el ente demandado, al dársele prosperidad a las pretensiones principales incoadas por la parte demandante, la de inexistencia de la obligación no puede prosperar. En cuanto a la prescripción, si se tiene en cuenta que la demanda inaugural se presentó el 15 de diciembre de 2006, según aparece en la constancia de folio 1 del cuaderno del Juzgado, se observa que se demandó en tiempo dentro de los tres (3) años siguientes al agotamiento de la reclamación administrativa, pues la respuesta dada al reclamo de los demandantes presentado desde el 18 de julio de 2003 se produjo por parte del ISS solo mediante la citada resolución No. 013210 del 13 de agosto de 2004, que negó la pensión de sobrevivientes y concedió en su lugar la indemnización sustitutiva. Y en lo que incumbe a la excepción de imposibilidad de condena en costas, acorde con lo atrás explicado, en este litigio procede tal imposición a la parte vencida para la primera instancia y, por ende, tampoco puede declararse probado este medio exceptivo.

En este orden de ideas, se modificará la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para condenar al Instituto de Seguros Sociales a reconocer la pensión de sobrevivientes pero a partir del 14 de

junio de 2003, debidamente indexada, y se confirmará la decisión en todo lo demás.

No hay lugar a costas del recurso extraordinario por cuanto la acusación salió triunfante. No se causan en la alzada y las de primera instancia serán a cargo de la parte vencida que lo fue el ISS.

IX. DECISIÓN

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, **CASA** la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por **OLGA CECILIA VELARDE ARANGO**, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores **SANTIAGO** y **VERONICA GIRALDO VELARDE**, contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En sede de instancia, se **MODIFICA** el **numeral tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **condenar** al Instituto de Seguros Sociales a reconocer a los demandantes la pensión de sobrevivientes, en cuantía equivalente al salario mínimo legal, en la proporción que corresponda, a partir del **14 de junio de 2003**, cuyo retroactivo pensional liquidado hasta el mes de diciembre de 2016, asciende a la suma de **NOVENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$96.447.136,67, M/CTE.) e indexación por**

valor de VEINTISIETE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO ONCE PESOS CON NOVENTA Y UNO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$27.988.111,91M/CTE.), siendo la mesada para el año 2016 la cantidad de \$689.455,00 mensuales, que se deberá seguir cancelando con los incrementos anuales de ley.

De las anteriores condenas se **AUTORIZA** a la entidad demandada a descontar lo pagado a los accionantes por indemnización sustitutiva, así como los aportes al sistema general de seguridad social en salud.

Se **CONFIRMA** el fallo del *a quo* en todo lo demás.

Costas como se indicó en la parte motiva de la sentencia.

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

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN