



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL597-2024

Radicación n.º 98960

Acta 009

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **ELIZABETH ORTIZ REYES**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 31 de agosto de 2022, en el proceso promovido en contra del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**; al cual se vinculó a **ILIANA MAYERLY, JHON MARLON y ANDERSON ALBERTO RODRÍGUEZ ORTIZ** sucedido procesalmente por **BRYAN ESTIVEN RODRÍGUEZ RUBIO**, así como a **EDWIN GIOVANNY RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, como litisconsortes necesarios.

Se reconoce personería para actuar a Álvaro Mauricio Buelvas Jayk con TP 202.880 del Consejo Superior de la Judicatura, para que obre como apoderado judicial del

demandado, de conformidad a la documentación que obra en el cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

Elizabeth Ortiz Reyes llamó al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pretendiendo, en lo que interesa al recurso, que se le condenara al pago de la pensión de sobrevivientes causada por el deceso de su cónyuge Jaime Alberto Rodríguez Rubio, junto con el retroactivo correspondiente; los intereses moratorios; y, la indexación.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que Jaime Alberto Rodríguez Rubio nació el «2 de noviembre de 1932»; que este laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 6 de octubre de 1975 hasta el 15 de mayo de 1989, es decir, 13 años, 3 meses y 3 días; que dicha entidad le efectuaba los respectivos descuentos con destino a la seguridad social; que luego de su liquidación, se creó con el Decreto 1591 de 1989, el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Narró que contrajo matrimonio y convivió con el señor Rodríguez Rubio hasta el día de su muerte, ocurrida el «17 de julio de 1983», a la edad de 50 años, sin cumplir el derecho para obtener la pensión; que ante su deceso solicitó a la entidad el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación *post mortem*, la cual se le negó por medio de la Resolución n.º

038 de 2009, decisión confirmada a través de la n.º 764 del 3 de abril de 2009.

El accionado al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. En lo referente a los hechos, expresó que no le constaban los relativos al matrimonio y convivencia entre la pareja Rodríguez-Ortiz; los demás los aceptó, salvo los descuentos con destino a la seguridad social.

Como medios exceptivos propuso los de prescripción, buena fe y presunción de legalidad.

El juzgado de conocimiento por medio de autos del 30 de agosto de 2018 y 31 de mayo de 2019 ordenó vincular al proceso a Iliana Mayerly, Jhon Marlon y Anderson Alberto Rodríguez Ortiz —sucedido procesalmente por Bryan Estiven Rodríguez Rubio—, así como a Edwin Giovanny Rodríguez Rodríguez, como litisconsortes necesarios.

A través de providencia del 19 de diciembre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda respecto de Iliana Mayerly y Jhon Marlon Rodríguez Ortiz, así como de Edwin Giovanny Rodríguez Rodríguez.

Por su parte, Bryan Estiven Rodríguez Rubio al responder la demanda, expresó que no se oponía a las pretensiones. En lo referente a los hechos, los aceptó, menos los relativos a la fecha de nacimiento y fallecimiento del causante, en tanto la primera corresponde al 10 de marzo de 1955, y la segunda al 17 de mayo de 1989.

No propuso excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá a través de sentencia del 24 de agosto de 2020, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar a favor de la demandante ELIZABETH ORTIZ REYES, mayor de edad, identificada con la C.C. 30340617, la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge el señor JAIME ALBERTO RODRIGUEZ (sic) RUBIO, a partir del 21 de junio del 2014, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, junto con los incrementos legales a que hay lugar, por catorce mesadas pensionales al año, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago, de acuerdo con lo motivado en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCION (sic), recayendo la figura jurídica en comento, respecto de las mesadas pensionales causadas a favor del (sic) demandante ELIZABETH ORTIZ REYES, que se causaron desde el 17 de mayo de 1989 y hasta el 20 de junio del 2014, de acuerdo a las motivaciones que anteceden, denegándose igualmente las demás excepciones propuestas.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de PRESCRIPCION (sic), recayendo la figura jurídica en comento, respecto de las pretensiones del litis consorte necesario ILIANA MAYERLY RODRÍGUEZ ORTIZ, JHON MARLON RODRIGUEZ (sic) ORTIZ y EDWIN GIOVANNY RODRIGUEZ (sic) RODRIGUEZ (sic), siendo heredero de este último el señor BRYAN STEVE (sic) RODRIGUEZ (sic) RUBIO, que le pudieran haber correspondido, de acuerdo a las motivaciones que anteceden, denegándose igualmente las demás excepciones propuestas.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho, respecto del señor EDWIN GIOVANNY RODRIGUEZ (sic) RODRIGUEZ (sic) de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: ABSOLVER a demandada (sic) de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora ELIZABETH ORTIZ REYES, y BRYAN STEVE (sic) RODRIUEZ

(sic) RUBIO de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, señálense como agencias en derecho la suma de \$1.800.000, a favor de la parte actora, a las personas vinculadas como Litis consorte necesario no se imponen costas.

[...].

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Bogota, por medio de sentencia del 31 de agosto de 2022, al resolver los recursos de apelación interpuestos por la actora y el demandado, revocó la providencia de primer grado, en su lugar absolvió al demandado de las pretensiones.

Partió de que el problema jurídico, en lo que concierne al recurso, se orientaba a determinar si el ordenamiento que regulaba el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada por Elizabeth Ortiz Reyes, correspondía al Decreto 3041 de 1966, como lo concluyó el *a quo*, o si, por el contrario, era la Ley 53 de 1945, como lo aseguró el demandado.

Como supuestos fácticos indiscutidos, tuvo en cuenta los siguientes: que Jaime Alberto Rodríguez Rubio falleció el 17 de mayo de 1989; que laboró para la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia durante 13 años, 3 meses y 28 días, comprendidos entre el 6 de octubre de 1975 y el 15 de mayo de 1989, para un total de tiempo servido como trabajador oficial de 4.789 días; que según su carpeta laboral, no se evidencian descuentos a seguridad social o giros realizados por tal concepto a cajas de previsión o al ISS,

y menos aún, que se le hubiera reconocido pensión convencional o legal jubilatoria, o siquiera satisfecho los requisitos allí exigidos para dejar causado ese derecho; que Elizabeth Ortiz Reyes era su cónyuge, y hacía vida marital con él al momento de su deceso; y, que esta elevó solicitudes de pensión *post mortem*, las cuales se le respondieron negativamente.

Precisó que la norma aplicable en los conflictos de pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado; y que como el señor Rodríguez Rubio murió el 17 de mayo de 1989, las llamadas a regular el asunto eran los arts. 3 y 11 de la Ley 71 de 1988 y 4 y 5 del Decreto 1160 de 1989.

Relacionó dichas normas. Y dijo, que de ellas es fácil colegir, que solo los pensionados o los trabajadores que hubieren reunido los requisitos para adquirir el derecho pensional a cargo de su empleador, dejaban causado el de la sustitución pensional; situación que no se presenta en este asunto, en que el trabajador fallecido no contaba con el tiempo requerido en la ley —20 años de servicio— para pensionarse, ni se demostró la existencia de una norma extralegal de la cual fuera beneficiario, que contemplara un lapso inferior, como el que tenía laborado.

Adujo que, contrario a lo concluido por el juez de primer grado, como en el presente asunto no se probó que el causante hubiese estado asegurado en el ISS en cualquier momento de su vida laboral —bien por cuenta del fondo

demandado, de cualquier otro empleador o como independiente—, la norma aplicable no era el Decreto 3041 de 1966 *«Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte»*, como tampoco, la Ley 53 de 1945 *«por la cual se adicionan y reforman las Leyes 10 de 1932, 206 de 1938, 63 de 1940, 49 de 1943 y 6 de 1945, sobre prestaciones sociales a los trabajadores de ferrocarriles y salinas de la Nación»*—como lo solicitó el demandado en su recurso—, ya que si bien se trató de una norma especial para el caso de los trabajadores ferroviarios, lo cierto es que esta fue derogada por cánones posteriores, que con el paso del tiempo fueron regulando las pensiones de los trabajadores oficiales, y en especial, los presupuestos para que operara la sustitución; refiriéndose todas aquellas a pensionados, trabajadores que hubiesen dejado causado el derecho pensional, o trabajadores asegurados ante una caja o ante el ISS.

Indicó que la Ley 1ª de 1932 otorgó una pensión de jubilación al empleado que cumpliera 55 años de edad y 20 de servicios; que en similar proporción lo consagró el Decreto 1471 del mismo año; y, que el art. 1 de la Ley 206 de 1938 prescribió para algunos trabajadores ferroviarios la pensión, con 20 años de servicios, cualquiera que fuera su edad, *«lo cual aconteció igualmente con algunos trabajadores el artículo 1 de la Ley 63 de 1940, el artículo 3 de la Ley 53 de 1945, el 8 del Decreto 2340 de 1946, el 6 y 7 de la Ley 53 de 1945 y 16 de la Ley 64 de 1946»*.

Sobre el tema, referenció la sentencia de la Corte Constitucional CC C397-2007, en la que se estudió la exequibilidad de una norma de la Ley 53 de 1945; así como la CC T692-2006, en la que, partiendo de esa misma ley, se hizo la precisión de la condición que debían ostentar los trabajadores o pensionados fallecidos.

Concluyó que ni a la demandante ni a los litisconsortes convocados, les asiste derecho a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional bajo las normas vigentes al momento del fallecimiento del causante, porque este no había adquirido el estatus de pensionado, ni cumplido como trabajador 20 años de servicios, pues solo tenía 13 años, 3 meses y 3 días en los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, sin que sea posible acudir a normas posteriores como la Ley 100 de 1993 para reconocer dicha prestación, o a los reglamentos del ISS, al cual no se encontraba asegurado, ya que las vigentes al momento de su muerte no lo permitían.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case la sentencia absolutoria, para que una vez constituida en instancia, revoque la providencia de primer grado, y reconozca las pretensiones del libelo genitor.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación; replicado por el demandado.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa a la sentencia impugnada de violar la ley sustancial, por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea los arts. 3 y 11 de la Ley 71 de 1988; 4 y 5 de del Decreto 1160 de 1989; 47 y 279 de la Ley 100 de 1993; y el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el art. 48 de la Constitución Política. Así como por infracción directa los arts. 5 y 20 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año; 16 y 21 del CST; 46 de la Ley 100 de 1993; y, 13, 25, 42 y 53 de la Constitución Política.

En su desarrollo relaciona los supuestos fácticos no controvertidos en el presente asunto; y advierte que acusa algunas normas de intelección indebida, siguiendo las enseñanzas de la Corte, según las cuales, es la procedente cuando el Tribunal apoya su decisión en jurisprudencia, como sucedió en este caso respecto de la proferida por la Corte Constitucional.

Señala que cuestiona que el *ad quem*, partiendo de la base de que el causante falleció el 17 de mayo de 1989, haya considerado de conformidad con los arts. 3 y 11 de la Ley 71 de 1988, 4 y 5 del Decreto 1160 de 1989, que:

[...] solo los pensionados o trabajadores que hubieren reunido los requisitos para adquirir el derecho pensional por parte de su empleador, dejaban causado el derecho para la sustitución

pensional, situación que no es la observada en el sub lite en la que el trabajador fallecido no contaba con el tiempo requerido en la ley (20 años de servicio) para pensionarse, ni se demostró la existencia de una norma extralegal de la cual fuera beneficiario que contemplara un término de servicio menor como el que tenía laborado”.

Afirma que, con la inteligencia dada a dichas normas, el sentenciador sin lugar a dudas dejó de lado principios aplicables al asunto, definidos en el Código Sustantivo del Trabajo y en la Constitución Política.

Sostiene que para la data del fallecimiento del señor Rodríguez Rubio, estaba vigente el Decreto 3041 de 1966 por el cual se aprobó el reglamento general del Seguro Social obligatorio de IVM, que el Tribunal se rebeló a aplicar, al considerar que no regulaba la situación, por no estar el causante afiliado a este; y que dicho decreto, que aprobó el Acuerdo 224 de 1966, en su art. 20, al consagrar la pensión de sobrevivientes, estableció que a ella se tendría derecho: «a) *Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen según el artículo 5º para el derecho a pensión de invalidez*», y este último previó que se accedería a esta, al «b) *Tener acreditadas 150 semanas de cotización para los riesgos de invalidez, vejez y muerte dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época*».

Indica que no se discute que el causante a la fecha de su fallecimiento —17 de mayo de 1989— no era un afiliado al ISS, pero ello no quiere decir que esa normatividad no le

fuera aplicable, en virtud de los principios consagrados en la ley y en la Constitución Política.

Resalta que es perceptible la discriminación realizada por el legislador entre un trabajador particular y un empleado oficial, al hacer más rigurosas las exigencias a los beneficiarios de la pensión del último, frente a los causahabientes de los afiliados al ISS, pues a estos se les transmite el derecho con 150 semanas anteriores al deceso del causante, en cambio, a los primeros se les exige 20 años de servicio.

Y que ello está prohibido expresamente por la Constitución Política en su art. 13, que pregona que todas las personas son *«iguales ante la ley»* y *«recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos [...]»*.

Aduce que, de este modo, si el Tribunal hubiera tenido en cuenta el mencionado mandato constitucional, es indudable que le hubiera otorgado la pensión de sobrevivientes, en atención a que tal tipo de trabajadores — los ferroviarios—, merecían el mismo trato que los de la empresa privada y sus causahabientes, y en este caso la cónyuge, también un trato igual, ante una viuda de un trabajador del sector público.

Menciona que el art. 42 de la CP consagra la protección integral de la familia; garantía que no puede privilegiarse en favor de unas familias, y de otras no, que es lo que hizo el

juez de segundo grado al negarle el derecho, *«todo porque su esposo trabajo (sic) en una entidad del Estado y no en una privada»*.

Además, que el art. 43 de la Carta Magna ofrece otra clase de protección, al consagrar que *«La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación»*, pues si se compara la viuda de un trabajador afiliado para aquella época al ISS, con una de uno no afiliado, pero que inclusive en vida laboró en el sector público más tiempo que el afiliado privado, resulta injusto y discriminatorio que a esta se le niegue el derecho a sustituirlo en la pensión, mientras que a la otra no.

Añade que no puede obviarse que uno de los pilares en que está cimentado el derecho a la seguridad social es el principio de la progresividad, el cual se ve disminuido o desconocido con la decisión del juez colegiado, puesto que no podía privilegiar unas normas vigentes a la fecha del fallecimiento del causante, frente a otras en iguales condiciones, que le eran favorables en su calidad de cónyuge sobreviviente.

Menciona la sentencia de la Corte Constitucional CC C228-2011; y dice que el sentenciador de segundo grado, de acuerdo con las directrices del máximo organismo constitucional, tenía el deber de verificar si la normatividad que finalmente aplicó era regresiva y atentaba contra el principio de progresividad, como evidentemente ocurrió, como se constata con la densidad de cotizaciones o número

de años de servicio exigidos por los arts. 3 y 11 de la Ley 71 de 1988, 4 y 5 de del Decreto 1160 de 1989.

Expresa que el art. 53 de la CP consagra el principio de favorabilidad que también contempla el Código Sustantivo del Trabajo en su art. 16, según el cual, prevalece la norma más favorable al trabajador en caso de duda en su aplicación, sobre el cual se pronunció la Corte en la sentencia CSJ SL1734-2015.

Por último, concluye lo siguiente:

De modo que si el sentenciador de la segunda instancia hubiera tenido en cuenta el explicado principio de favorabilidad, indudablemente que hubiera preferido utilizar para resolver el debate los artículos 5 y 20 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966, y en ese orden hubiera reconocido la pensión de sobrevivientes a la actora, dado que su difunto esposo acreditó más 150 semanas de cotización para los riesgos de invalidez, vejez y muerte dentro de los seis (6) años anteriores a su muerte y, además 11 aportó más de 300 semanas en cualquier época, pues laboró más de 13 años y 3 meses hasta el día de su muerte, es decir, el día de su muerte aún prestaba sus servicios a FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

VII. RÉPLICA

El demandado asegura que la actora no reúne los requisitos para acceder a la prestación solicitada; además, que no incurrió el *ad quem* en las violaciones endilgadas, ya que a ninguno de los beneficiarios le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, pues al momento del fallecimiento del causante, este no había adquirido el estatus de pensionado, ni cumplido como trabajador 20 años

de servicios.

Memora que la normatividad aplicable en los conflictos de la prestación solicitada, es la que se encontraba vigente para la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, y como el señor Rodríguez Rubio murió el 17 de mayo de 1989, sin duda alguna las normas vigentes que regulaban el asunto eran los arts. 3 y 11 de la Ley 71 de 1988 y 4 y 5 del Decreto 1160 de 1989, las cuales prevén que procede la sustitución pensional cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

Y que es requisito en estos casos, que el trabajador deje causado el derecho para la sustitución pensional; situación que no se configura en el presente evento, ya que el causante no laboró los 20 años requeridos; y tampoco existe una norma de la cual este fuere beneficiario, que contemplara un término de servicio menor.

VIII. CONSIDERACIONES

Denuncia el censor la sentencia impugnada de violar por la senda de pleno derecho, en la modalidad de interpretación errónea los arts. 3 y 11 de la Ley 71 de 1988 y 4 y 5 de del Decreto 1160 de 1989; así como la infracción directa de los arts. 5 y 20 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, entre otros.

El Tribunal negó la pensión de sobrevivientes solicitada por la señora Ortiz Reyes, en razón a que el trabajador fallecido no cumplió con los 20 años de servicios a favor de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, conforme lo preceptúan los arts. 3 y 11 de la Ley 71 de 1988 y 4 y 5 del Decreto 1160 de 1989; además, porque no se demostró la existencia de una norma extralegal de la cual fuera beneficiario el causante, que contemplara un término de servicio menor como el que tenía laborado.

Por su parte, la censura alega que el sentenciador le debió dar aplicación al Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, vigente para la época del deceso del causante; y que como no lo hizo, dejó de lado principios aplicables al asunto, definidos en el Código Sustantivo del Trabajo y en la Constitución Política.

Así las cosas, el *problema jurídico* que debe dilucidar la Sala, se orienta a determinar si incurrió el juez plural en los errores jurídicos endilgados.

Debe decirse que, dada la vía escogida para orientar el ataque, son hechos indiscutidos los siguientes: (i) que la demandante era la cónyuge del causante Jaime Alberto Rodríguez Rubio, quien laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia entre el 6 de octubre de 1975 y el 15 de mayo de 1989, y ostentaba la calidad de servidor público; (ii) que el citado señor falleció el 17 de mayo de 1989; y, (iii) que no estuvo afiliado al ISS para los riesgos de IVM.

Sobre el tema debe memorar la Sala que, como lo tiene señalado pacíficamente la jurisprudencia, en sentencias tales como CSJ SL, 10 jun. 2009, rad. 36135; CSJ SL, 1º feb. 2011, rad. 42828; CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 39887 y CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37799, entre otras, que 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; y que la excepción a esa regla está constituida por los particulares eventos en que la jurisprudencia ha aceptado la aplicación de normas anteriores ya derogadas, en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

En tal perspectiva, resulta evidente que el Tribunal no incurrió en equivocación alguna, cuando para resolver el asunto, no acudió a los reglamentos del ISS, concretamente el vigente para la fecha del deceso del causante otras —el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año—, sino a lo previsto en los arts. 3 y 11 de la Ley 71 de 1988 y 4 y 5 de del Decreto 1160 de 1989; ello, porque los primeros regían exclusivamente entre afiliados y beneficiarios del régimen de pensiones administrado por el Instituto de Seguros Sociales, en el marco de la seguridad social que se empezó a estructurar con la Ley 90 de 1946, razón por la cual, de ninguna manera, su régimen de obligaciones por prestaciones económicas por sobrevivencia, puede extenderse a entidades territoriales como Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el cual, en su condición de empleador público de personas como el ex servidor fallecido, que nunca estuvo afiliado a la seguridad social, está sujeta a

un régimen pensional directo, a su propio cargo, conforme a la normativa especial que la rige, contenida en las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4ª de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, entre otras —a las que remite la Ley 71 de 1988—.

Sobre el particular se pronunció la Corte en un caso de contornos similares, en la sentencia CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37039, en los siguientes términos:

Dado el sendero de puro derecho por el que se formula el ataque, se parte de que no existe discrepancia en cuanto a los siguientes supuestos fácticos: Que el causante Karles Gómez falleció el 30 de octubre de 1991; que laboró como docente en su condición de empleado público para la Universidad Nacional de Colombia sede Medellín, por un tiempo de 4.186 días; que era afiliado a la Caja de Previsión Social de la citada entidad educativa; que no era cotizante al ISS y que no acreditó haber prestado servicios por 20 años al sector público.

Frente a los anteriores supuestos fácticos, resulta evidente que el Tribunal no incurrió en equivocación alguna cuando decidió no aplicar al caso controvertido las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Lo anterior, por cuanto para el 30 de octubre de 1991, fecha del deceso del causante, la pensión de sobrevivientes de los empleados públicos se seguía gobernando por lo previsto por la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º disponía que “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a...pensión mensual vitalicia de jubilación...”, disposición que guardaba armonía con lo dispuesto en las Leyes 12 de 1975 y 113 de 1985, cuyos supuestos de hecho tampoco fueron acreditados por el causante, en tanto, como ya se dijo, no cumplió 20 de años de servicio en el sector público.

Ahora, sostiene la censura que el fallador de alzada debió aplicar la “condición más beneficiosa” en observancia del Decreto 758 de 1990, normativa que asegura es más favorable, además de que el hecho de que el causante se haya desempeñado como empleado público no es argumento para discriminar el núcleo familiar de la demandante. Sin embargo, para resolver tales inquietudes, basta con decir que aun cuando **el cónyuge** de la actora falleció en vigencia del citado decreto, **no era afiliado al ISS ni cotizaba para dicha entidad, sino que era afiliado a la Caja de Previsión Social de la Universidad demandada, por lo**

que es obvio que los reglamentos del ISS no pueden tener aplicación para el presente asunto, sin dejar de lado que el deceso del ex-servidor público ocurrió antes de la vigencia del régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993, y en ese orden no es viable que la demandante optara por una pensión de sobrevivientes como la que regulaba el Instituto de Seguros Sociales. (Subrayado y resaltado de la Sala)

Así las cosas, en el presente asunto, al igual que sucede en la situación fáctica del antecedente jurisprudencial que se acaba de relacionar, el causante por no tener 20 años de servicios en el sector público, y al no haber estado afiliado al ISS, no es posible jurídicamente concederle a sus causahabientes la sustitución pensional – pensión de sobrevivientes legal reclamada mediante esta acción judicial, máxime que la muerte de dicho servidor tuvo ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Tampoco se puede predicar interpretación indebida de los arts. 3 y 11 de la Ley 71 de 1988 y 4 y 5 del Decreto 1160 de 1989, en relación con los principios definidos en el Código Sustantivo del Trabajo y en la Constitución Política, por lo que pasa a exponerse:

En primer lugar, porque la no aplicación al caso del Acuerdo 224 de 1966, no apareja trato discriminatorio al núcleo familiar del causante, pues las razones de ello, como se viene explicando, radican en que simplemente dicha norma, por su condición de servidor público, que no estuvo vinculada al régimen pensional administrado por el ISS, no le es aplicable, contexto en el que tampoco le es oponible al demandado; ello en realidad lo que apareja es un tratamiento legal diferente, permitido por la Constitución, como lo explicó

la Sala en la sentencia CSJ SL511-2016, en los siguientes términos:

En materia laboral, el principio de igualdad y no discriminación, consagrado como acaba de decirse en el artículo 13 de la Constitución, se complementa sustantivamente, con el Convenio 111 de la OIT, relativo a “la discriminación (empleo y ocupación)”, aprobado en Colombia por la Ley 22 /1967 y ratificado el 4 de marzo de 1969. Este convenio, por ser parte de los llamados «convenios fundamentales» de la OIT, es integrante en Colombia del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, lo que significa que ostenta el carácter de norma superior en el ordenamiento, inescindiblemente unida a la disposición del artículo 13 constitucional. O sea, en Colombia, en materias laborales, el alcance del principio de igualdad y no discriminación debe comprender -se repite, de manera inescindible- tanto el texto del artículo 13 superior, como el del Convenio 111 de la OIT.

Conforme al instrumento internacional últimamente citado (artículo 1º), el término “discriminación” comprende:

a) (...)

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Por su parte, la Recomendación 111 de la OIT [apartado II, lit. b)], particulariza ciertos campos o áreas en los cuales los trabajadores deberán gozar de igualdad de trato, lo cual implica tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores dentro de un mismo contexto laboral, cuando estos se encuentren en igualdad de condiciones.

Lo anterior quiere decir que no son admisibles tratos diferenciados (en temas salariales, prestacionales, en oportunidades de promoción, en seguridad y salud ocupacionales, en formación, etc.), cuando dichos tratos se basen en motivos irrelevantes –o sea, no objetivos-, pues en tales casos el trato será discriminatorio. Por el contrario, no se atentará contra el principio de igualdad y no discriminación, cuando a cierta persona o colectivo de personas se otorgue un trato diferente, pero basado en motivos razonables y legítimos relevantes.

Sin embargo, la denominada “regla de justicia”, que usualmente se formula como “tratar igual a quienes son iguales”, es un

postulado vacío, si no se cuenta antes con un criterio para establecer cuándo dos o más personas de un grupo son equiparables (vale decir, cuándo pueden considerarse “iguales”), en función de conferirles un determinado trato, distinto al adjudicado a otras personas, pero de tal forma que dicho trato diferente no pueda considerarse discriminatorio.

De los elementos analizados en precedencia, es dable concluir, que efectivamente, puede haber circunstancias en las cuales se den tratos discriminatorios como consecuencia de que dentro de un mismo ámbito laboral se presenten tratos diferentes ilegítimos. Y éstos podrían darse, no solamente con base en los “clásicos” motivos irrelevantes o inadmisibles mencionados, sino también cuando -utilizando los términos del Convenio 111 de la OIT-, se otorguen o reconozcan “distinciones, exclusiones o preferencias”, fundadas en cualquiera otro u otros motivos irrelevantes, y tales tratos diferenciales tengan «por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato» en el trabajo o al momento de conceder prestaciones. Y ello puede suceder como consecuencia, no solamente de decisiones emanadas directamente del empleador, sino también de pactar o establecer, en dos o más estatutos, como productos de la negociación colectiva (convenciones o pactos colectivos) o como resultado de una decisión arbitral, tratos diferentes sin una base objetiva o relevante. La naturaleza discriminatoria de tales tratos no se enerva en la práctica, por el hecho de que al conferirlos o estatuirlos no haya habido el deliberado propósito o intención de discriminar, ni tampoco por el hecho de que los procedimientos seguidos para formalizar el respectivo estatuto se hayan ceñido formalmente a las reglas legales.

Y, en segundo lugar, porque la decisión adoptada en modo alguno comporta la vulneración del principio de favorabilidad invocado por la censura, dado que el juez del trabajo solamente puede acudir a ese postulado constitucional, cuando se halle ante una duda en la aplicación de dos o más normas, o cuando tenga incertidumbre sobre las diversas interpretaciones de la misma disposición jurídica; situación que no se presenta en el *sub lite*.

En atención a lo anterior, no es posible endilgarle al juez colegiado la comisión de un yerro jurídico por haber

concluido que no era viable analizar la pensión de sobrevivientes solicitada a la luz de los reglamentos del ISS, por cuanto se itera, el trabajador fallecido nunca estuvo afiliado a la entidad de seguridad social; por lo tanto, al no constatarse la violación denunciada, el cargo resulta infundado.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la recurrente y a favor de la opositora. Como agencias en derecho se fija la suma de cinco millones novecientos mil pesos (\$5.900.000), que deberá incluirse en la liquidación que practique el juez de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

IX. 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 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), en el proceso promovido por **ELIZABETH ORTIZ REYES** en contra del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**; al cual se vinculó a **ILIANA MAYERLY, JHON MARLON y ANDERSON ALBERTO RODRÍGUEZ ORTIZ** sucedido procesalmente por **BRYAN ESTIVEN RODRÍGUEZ RUBIO**, así como a **EDWIN GIOVANNY RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, como litisconsortes necesarios.

Costas en casación, como se expresó en la parte motiva.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Firmado electrónicamente por:



ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA



ÓMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA



GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 8C80FFC8610317CF6168189E2205FE9CE0289714FF0A46F11172E88F8A502205

Documento generado en 2024-04-02