2012-00314-01

El siguiente es el proyecto presentado por el magistrado ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en secretaría.

Providencia:	Sentencia del 8 de mayo de 2013
Radicación Nro.	66001-31-05-001-2012-00314-01
Proceso	Ordinario Laboral
Demandante:	Myriam Lyda Cadavid Montoya
Demandado:	Instituto de Seguros Sociales
Magistrado Ponente:	Julio César Salazar Muñoz
Juzgado de origen:	Juzgado Primero Laboral del Circuito
Tema:	**Pensión de Sobrevivientes**: Por respeto a los derechos fundamentales a la igualdad y a la Seguridad Social en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas y justas, en desarrollo de la excepción de inconstitucionalidad, los afiliados fallecidos en el lapso comprendido entre la vigencia del artículo 46 de la ley 100 de 1993, con las reformas que le introdujo el artículo 1º de la ley 860 de 2003, y la notificación de la sentencia C-428 de 2009 de la Corte Constitucional, que declaró la inexequibilidad del requisito de la fidelidad al Sistema General de Pensiones, tienen derecho a que se les reconozca la pensión de invalidez, siempre y cuando acrediten el número de semanas exigido por la norma.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

AUDIENCIA PÚBLICA

SALUDO. BUENA TARDE

Hoy, ocho de mayo de dos mil trece, siendo las tres de la tarde, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, conformada por los Magistrados ANA LUCIA CAICEDO CALDERON, PEDRO GONZÁLEZ ESCOBAR y JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, quien actúa como Ponente, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación presentado por el Instituto de Seguros Sociales contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el día 14 de noviembre de 2012, dentro del proceso ordinario que la señora **Myriam Lyda Cadavid Montoya** promueve contra el mismo, cuya radicación corresponde al No. 66001-31-05-001-2012-00314-01.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012, por medio del cual se suprimió y liquidó el ISS, el terminó de tres (3) meses allí

establecido para que dicha entidad continuara atendiendo los procesos judiciales en curso, venció el pasado 28 de diciembre de 2012, por lo tanto, se tiene como sucesor procesal en el presente asunto a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-.

Decisión notificada en estrados.

Al acto comparecen las personas que a continuación se identifican:

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

En este estado de la diligencia, se le corre traslado a las partes empezando por **(la recurrente o la actora según sea el caso)** con el propósito de que si lo consideran necesario presenten sus alegatos de conclusión en un lapso de 8 minutos, término que considera la Sala prudente para el efecto de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 42 del C.P.T.

Oídas las argumentaciones de las partes y como quiera que los aspectos propuestos por ellas fueron tenidos en cuenta al momento de discutir el proyecto presentado por el ponente procede la Sala a resolver lo que es materia del recurso, teniendo en cuenta para ello los siguientes:

ANTECEDENTES

DEMANDA

Solicita la actora que se declare que junto con su hijo menor, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, Gilberto Sanint Escobar y en consecuencia se condene al Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar dicha prestación a partir del 6 de diciembre de 2004. Igualmente, solicita se condene al pago: *i)* Del retroactivo pensional, teniendo en cuenta las mesadas adicionales; *ii)* Los intereses moratorios sobre el valor total de la condena o en su defecto la indexación de las condenas; *iii)* Las costas

procesales y por último *iv)* A lo que resulte probado en aplicación de las facultades extra y ultra petita.

Fundamenta sus peticiones en que convivió con el señor Gilberto Sanint Escobar, hasta la fecha de su fallecimiento, que lo fue el 6 de diciembre de 2004 y procreó con él al menor Jacobo Sanint Cadavid

Indica que la anterior situación, sumada al hecho de que el causante se encontraba afiliado al ISS como trabajador independiente y había cotizado un total de 120 semanas en los tres años anteriores a su fallecimiento, la llevó a solicitar en nombre propio y de su hijo menor de edad la pensión de sobrevivientes ante el Seguro Social, entidad que a través de la Resolución No 5372 del 8 de agosto de 2006 negó la prestación, en atención a que no fueron acreditados los requisitos dispuestos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003 para acceder a la gracia pensional, negando de paso el reconocimiento de la indemnización sustitutiva al haber operado el fenómeno prescriptivo.

Por último, indica que con la anterior actuación administrativa quedó debidamente agotada la vía gubernativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda *–fls.29-34-*, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES aceptó los hechos relacionados con el deceso del señor Sanint Escobar, su condición de afiliado en calidad de trabajador independiente a dicha entidad, la reclamación administrativa y la negativa de reconocimiento de la prestación apirada por la actora y su hijo menor de edad. Frente a los demás supuestos fácticos afirmó no ser de su conocimiento, por lo que deben ser demostrados en el curso de la actuación procesal.

Se opuso a las pretensiones formuladas por la accionante argumentando que la norma aplicable al presente caso es la vigente al momento de ocurrida la muerte de la causante, esto es, la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, con sustento en la cual el señor Sanint Escobar no cumplió los requisitos para dejar causada a favor de sus beneficiarios la pensión

de sobrevivientes. Formuló excepciones de mérito que denominó: “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y la “Genérica”.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotadas las etapas previas, en la audiencia de juzgamiento que tuvo lugar el catorce (14) de noviembre de 2012 se reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Myriam Lyda Cadavid Montoya y su hijo menor de edad, pues se logró establecer que en el presente asunto se acreditó la densidad de semanas necesarias para acceder a la gracia pensional, permitiéndose hacer caso omiso al requisito de fidelidad dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-556 de 2009 y según la actual posición de la Sala Laboral de Tribunal Superior de Pereira, dicha providencia tiene efectos retroactivos, por lo tanto cobija situaciones acontecidas antes de la declaratoria de inconstitucional de la mentada disposición.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la *a-quo*, la parte demandada presentó recurso de apelación solicitando su revocatoria con el propósito de ser absuelta de las condenas allí impuestas.

Sustenta su petición en que el requisito de la fidelidad al Sistema General de Pensiones que exige la Ley 797 de 2003, debe tenerse en cuenta para efectos de resolver el presente caso, por cuanto la sentencia C-556 de 2009 de la Corte Constitucional, por medio de la cual fue declarado inexequible la exigencia de dicho presupuesto, fue proferida y notificada con posterioridad a la fecha de fallecimiento del señor GILBERTO SANINT ESCOBAR.

CONSIDERACIONES

PRESUPUESTOS PROCESALES

No observándose nulidad que afecte la actuación y satisfechos, como se encuentran, los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad procesal y competencia, para resolver la instancia la Sala se plantea el siguiente:

PROBLEMA JURÍDICO

> Por el sólo hecho de haberse producido la muerte del afiliado en el interregno que va desde la expedición de la ley 797 de 2003 hasta la sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009, ***¿debe negarse el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes cuando su reclamante no acredita el requisito de la fidelidad al sistema, vigente dentro de dicho lapso?***

Con el propósito de dar solución al interrogante en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

1- EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Basada en el principio de progresividad en unión con la declaratoria de inexequibilidad hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-556 de 2009 y la necesidad de respeto al principio de igualdad, esta Sala de manera uniforme ha optado por la inaplicación del requisito de fidelidad, exigido para el otorgamiento de pensiones de invalidez y sobrevivientes, en el interregno comprendido entre la expedición de la Ley 797 de 2009 y el proferimiento de la referida sentencia C-556 de 2009.

Tal posición encontró apoyo en el máximo órgano de la jurisdicción laboral ordinaria, quien a partir de la sentencia del 8 de mayo de 2012, radicada bajo el No. 41832, varió su criterio jurídico en relación al tema de la aplicación del requisito de la fidelidad al sistema de pensiones, como presupuesto para acceder a la pensión de invalidez, sentando una nueva postura que acepta la inaplicación de tal exigencia durante el tiempo que la misma estuvo vigente en el ordenamiento jurídico, sustentada en la regresividad que tal medida significó a las leyes sociales. Dicho criterio fue recientemente ratificado por esa alta Corporación también en materia de pensión de sobrevivientes, a través de la sentencia del 25 de julio de 2012, radicada bajo el No. 42501, en virtud de la cual se expresó lo siguiente:

> "Pero sucede que esa segunda exigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, impuso una evidente condición regresiva, comparativamente con lo establecido por la normativa anterior, es decir, por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Por manera que el Tribunal erró al no aplicar el principio de progresividad, dado que, al exigir el citado requisito de fidelidad, transgredió tal principio constitucional.
> (…)
> Debe recordarse que la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de dicho requisito de la fidelidad al sistema general de pensiones, por medio de la sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009. Es decir, en una fecha posterior a la de la muerte del afiliado José Fernando Pachón Estrada. Pero la inaplicación de la exigencia de fidelidad al sistema, debió hacerse por el Tribunal, no por razón de darle efectos retroactivos a dicha decisión de inexequibilidad, sino por la particular circunstancia, en este caso, de la patente contradicción que implicaba la exigencia del requisito aludido con respecto al principio constitucional tantas veces mencionado de la progresividad.
> (…)
>
> "Por las razones expuestas, el Tribunal no debió exigir el requisito de fidelidad al sistema –que, por lo dicho, es una condición regresiva-, y en consecuencia debió mantener la decisión del a quo."[1]

2- EL CASO CONCRETO

Sea lo primero advertir, que no fue objeto de recurso la condición de beneficiaria de la actora y su hijo respecto al causante y las 212 semanas cotizadas por el afiliado en toda su vida laboral, de las cuales 120 lo fueron dentro de los últimos tres (3) años anteriores a su deceso.

Sentado lo anterior, conforme a los argumentos esbozados en el acápite de consideraciones, el cumplimiento de esas dos condiciones es suficiente para reconocer a favor de la actora y de su hijo menor de edad, el derecho a gozar de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge, toda vez que, como viene de verse, el requisito de la fidelidad al sistema, que echa de menos la parte recurrente, resulta inaplicable en el *sub-examine* dado el carácter de inconstitucional que siempre tuvo esta exigencia, aún durante el tiempo que duró vigente el artículo 12º de la Ley 797 de 2003.

Por las razones expuestas corresponde confirmar la decisión, pero preciso resulta indicar que no es correcto el entendimiento dado por la *a quo* a las decisiones que en tal sentido ha proferido esta corporación, pues claramente se ha establecido que la inobservancia del requisito de fidelidad en el periodo en que estuvo vigente, deviene, no de considerar, como ella lo afirma, que la sentencia C-556 de 2009 tiene efectos retroactivos, sino de hacer uso de la excepción de

[1] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de julio de 2012. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Radicación No. 42501.

inconstitucionalidad en protección del principio de progresividad, tal y como se sustenta en la sentencia proferida el 28 de febrero del año 2012, radicado 66001-31-05-003-2010-00266-01, demandante Miguel Ángel Rojas Alzate y otra contra el Instituto de Seguro Social, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo.

Costas a cargo de la parte recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos mcte ($589.500). Liquídense por secretaría.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos mcte ($589.500).

Liquídense por Secretaría.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

Los Magistrados,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEDRO GONZÁLEZ ESCOBAR **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA

Secretaria