Providencia:	Sentencia del 12 de septiembre de 2012
Radicación Nro.	66001-31-05-001-2010-00635-01
Proceso	Ordinario Laboral
Demandante:	Martha Cecilia Cortés Aguirre
Demandado:	ING Pensiones y Cesantías S.A.
Magistrado Ponente:	Julio César Salazar Muñoz
Juzgado de origen:	Segundo Adjunto al 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 beneficiarios de causantes que, habiendo reunido el número de cotizaciones exigidas, hubiesen fallecido en el lapso comprendido entre la vigencia del artículo 46 de la ley 100 de 1993 con las reformas que le introdujo el artículo 12 de la ley 797 de 2003 y antes de que la sentencia C-556 de 2009 declarara la inexequibilidad del requisito de fidelidad, tienen derecho a que se les reconozca la pensión de sobrevivientes. **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES**. A pesar de que la parte actora no apeló la decisión, en virtud de la obligación constitucional y legal de protección de los derechos de los menores debe la Sala corregir la imprecisión en que incurrió el *a-quo* en cuanto dispuso que, a partir del 14 de diciembre de 2010, el porcentaje del 25% de la pensión de que gozaba ANLLELI MILET ROMERO CORTÉS acrecentaría el monto de la pensión de la señora MARTHA CECILIA CORTÉS AGUIRRE, por cuanto ese acrecimiento debe operar a favor del menor JULIO EDUARDO ROMERO CORTÉS a quien por lo tanto, a partir de esa fecha, le corresponderá el 50% del valor total de la pensión reconocida.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Pereira, septiembre doce de dos mil doce

Acta número 148 de septiembre 12 de 2012

Siendo las once (11:00) minutos de la mañana, los integrantes de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en asocio con su secretaria, declaran abierta la audiencia pública de juzgamiento en la cual se desatará el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Adjunto al Juzgado Primero Laboral de este circuito judicial, el día 25 de noviembre de 2011, en el proceso que **MARTHA CECILIA CORTÉS AGUIRRE**, actuando en nombre propio y en representación del menor **JULIO EDUARDO ROMERO CORTÉS** y **ANLLELI MILET ROMERO CORTÉS** promueven contra **I.N.G PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y donde actúa como llamada en garantía **SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

ANTECEDENTES

1- DEMANDA

Solicitan los actores que se condene a ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a reconocer a favor de cada uno de ellos la pensión de sobrevivientes causada con la muerte del señor Guillermo Romero Arango, dividida en un 50% para Martha Cecilia Cortés y el otro 50% para Julio Eduardo y Anlleli Milet Romero Cortés. Piden además se ordene el pago de dicha prestación a partir del 6 de octubre de 2008, con los incrementos anuales ordenados en la ley, las mesadas adicionales de junio y diciembre y la indexación de la primera mesada. Por último instan a la judicatura a proveer condena en costas en contra de la entidad.

Fundamentan sus peticiones en que Martha Cecilia Cortés y Guillermo Romero Arango convivieron ininterrumpidamente haciendo vida marital desde abril de 1985 hasta el 5 de octubre de 2008, fecha del fallecimiento, relación de la cual nacieron sus hijos Anlleli Milet y Julio Eduardo Romero Cortés, este último menor de edad. Afirman además que el señor Romero Arango se afilió a la AFP Santander el día 1º de diciembre de 2004, cotizando hasta el día de su deceso un total de 174 semanas, de las cuales 90 corresponden a sus tres últimos años de vida.

Al reclamar la pensión de sobrevivientes ante la AFP ING S.A., les fue negada mediante la comunicación DBP-6420-08 del 13 de noviembre de 2008.

2- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA –AFP ING S.A.

En la contestación de la demanda *-fls.43-57-* la entidad demandada aceptó la muerte del señor Guillermo Romero Arango, la fecha en que éste se afilió a la AFP SANTANDER, la reclamación de la pensión de sobrevivientes, la respuesta negativa al reconocimiento de la pensión y el cumplimiento del requisito de las 50 semanas en los tres años anteriores a la muerte del causante. Frente a los demás hechos dijo no ser ciertos o no ser de su conocimiento. Se opuso a las pretensiones porque el causante no cumplió con el requisito de la fidelidad al Sistema de Pensiones establecido en el Art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 12 de la Ley 797 de 2003.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó: “prescripción”; “buena fe”; “inexistencia de la obligación y/o cobro de lo no adeudado” e “inexistencia de la

causa por insuficiente densidad de semanas cotizadas". Por último, ING Pensiones y Cesantías S.A. formuló llamamiento en garantía a la sociedad Seguros Bolívar S.A. –*fls.58-60-*, con sustento en la póliza previsional de seguro colectivo de invalidez o sobrevivencia No. 6000-0000012-01, suscrita entre ambas entidades, cuya vigencia se dio desde el 31 de marzo de 2007 hasta el 31 de marzo de 2008.

SEGUROS BOLÍVAR S.A.

Al dar respuesta al líbelo inicial –*fls.86-99-* aceptó, conforme al pronunciamiento de su llamante, la fecha de afiliación del causante a la AFP SANTANDER y la reclamación pensional que formularon los demandantes. Se opuso a las pretensiones de los actores y formuló como excepciones de mérito las que llamó: "cumplimiento de las obligaciones legales por parte de la demandada y también de la compañía de Seguros Bolívar S.A."; "falta de requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes y por lo mismo inexistencia del derecho"; "buena fe"; "compensación"; "límite de responsabilidad"; "cobro de lo no debido"; "inexistencia de la obligación"; "inexistencia de obligación de la compañía de Seguros Bolívar S.A. para atender el amparo de suma adicional para pensión de sobrevivientes, contemplado en las condiciones de la póliza" y "prescripción".

De otra parte, aceptó los hechos que dieron sustento al llamamiento en garantía, así como también la petición formulada por ING Pensiones y Cesantías S.A. en este escrito, aclarando, que una eventual condena en su contra no podrá ir más allá de los términos acordados en la póliza de seguros contratada entre ambas partes, motivo por el cual formuló la excepción de "límite de responsabilidad".

3- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotadas las etapas previas, en la audiencia de juzgamiento que tuvo lugar el veinticinco (25) de noviembre de 2011 -*fls.150-161-*, se condenó a ING Pensiones y Cesantías S.A. a reconocer y pagar a favor de los demandantes la pensión de sobrevivientes a partir del 5 de octubre de 2008; de igual manera se condenó a Seguros Bolívar S.A. a responder a favor de la AFP demandada en los términos de la póliza de seguros colectivos de invalidez y sobrevivencia No. 6000-0000012-01; por último, se autorizó el pago de intereses moratorios a partir del 13 de mayo de 2009 y se condenó en costas a la accionada en un 90%.

Consideró el *a-quo*, que a la luz de los requisitos establecidos en el Art. 12 de la Ley 797 de 2003, la pensión de sobrevivientes quedó causada con la muerte del señor Guillermo Romero Arango y las 118,86 semanas cotizadas por él en los tres años anteriores al óbito, puesto que el requisito de la fidelidad al sistema de pensiones se inaplica, aún en casos consolidados antes de la sentencia C-556 de 2009 de la Corte Constitucional, porque tal exigencia siempre ha sido contraria al principio de progresividad.

En relación a la calidad de beneficiarios que alegan los demandantes, el Juez encontró en las pruebas arrimadas al proceso que la señora Martha Cecilia Cortés fue compañera permanente del causante por más de 20 años hasta el momento de su muerte y Julio Eduardo y Anlleli Milet Romero Cortés son hijos de esa unión. Con relación a la dependencia económica igualmente la halló acreditada. En consecuencia reconoció la prestación en un 50% a la señora Martha Cecilia Cortés y 25% para cada hijo, aclarando que en relación a Anlleli Milet Romero el derecho subsistió hasta el 14 de diciembre de 2010, pues en esta calenda arribó a los 25 años de edad, momento a partir del cual dispuso el acrecimiento de su porcentaje en favor de la compañera.

4- APELACIÓN

Las partes demandada y llamada en garantía apelaron la sentencia, solicitando su revocatoria con fundamento en los siguientes argumentos:

- **ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (fls.174-180). En cuanto considera que el requisito de la fidelidad al sistema pensional cobra importancia en el sub-examine en razón a que la sentencia que suprimió el requisito de fidelidad fue proferida con posterioridad a la muerte del causante y la misma no fue modulada con efectos retroactivos por la Corte Constitucional, de manera que, al encontrar insatisfecha tal exigencia por parte del causante, los accionantes no tienen derecho a la pensión de sobrevivientes. Por último, sostiene que los demandantes no probaron que la prestación solicitada fuera de origen común, lo que implica que no es exigible ante la AFP.

➢ **SEGUROS BOLÍVAR S.A.** (fls.162-172). Sostenida en jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considera que el requisito de la fidelidad al sistema de pensiones que se contemplaba en el artículo 12 de la ley 797 de 2003 tiene aplicación en el presente asunto debido a que la muerte del afiliado Guillermo Romero Arango acaeció con antelación al momento en que la Corte Constitucional declaró su inexequibilidad a través de la sentencia C-556 de 2009, sin que la decisión tenga efectos retroactivos, en consecuencia, estima que debe ser aplicado para resolver las pretensiones de los demandantes. De otro lado, con apoyo en la misma fuente jurisprudencial, sostiene que el principio de progresividad no es absoluto habida consideración que debe ser analizado teniendo en cuenta la capacidad financiera del Sistema Pensional.

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 plantean los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

> Por el sólo hecho de haber fallecido en el interregno que va desde la expedición de la ley 797 de 2003 hasta la sentencia C-556 de 20 de agosto de 2009, ***¿debe negarse el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de causantes que no acrediten el requisito de fidelidad?***
>
> ***¿Cuando cónyuge o compañera permanente e hijos son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a quien acrece el porcentaje reconocido cuando un de los hijos pierde el derecho?***

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

1- EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

La vigencia y aplicabilidad del requisito de la fidelidad al Sistema General de Pensiones, plasmado en el artículo 12 de la Ley 797/2003, que modificó el artículo

46 de la Ley 100/1993, para acceder a la pensión de sobrevivientes de origen común, es un tema que debe ser abordado bajo la perspectiva del Principio de Progresividad vigente en Colombia en virtud de la suscripción del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), según el cual la legislación social debe hacerse siempre en pos de mejorar las condiciones y beneficios sociales vigentes en cada país en un determinado momento.
Por ser el PIDESC una norma de derecho internacional que hace bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Nacional, su posible vulneración constituye un tema constitucional que bien puede ser resuelto por el juez ordinario por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, máxime cuando ha sido estudiado de fondo y resuelto por la Corte Constitucional como órgano de cierre de esa jurisdicción, encontrando la disposición estudiada contraria al principio de progresividad.

Fue eso lo que precisamente ocurrió en relación al tema debatido pues, por considerarla regresiva y por tanto desconocedora del PIDESC, a la Corte Constitucional le fue presentada una demanda de inconstitucionalidad contra los literales a) y b) del artículo 12 de la ley 797 de 2003, que modificaron los requisitos para adquirir la pensión de sobrevivientes consagrados en el artículo 46 de la ley 100 de 1993. Al resolver sobre la misma, en la sentencia C-556 de 2009, la alta Corporación, declaró inexequible el nuevo requisito de la fidelidad implantado en la norma referida, por considerarlo regresivo.

Ahora bien, uno de los más caros pilares de cualquier Estado que se considere democrático es el concerniente a la garantía del Derecho a la igualdad, según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades; por lo que, no resulta aceptable que frente a la solicitud de reconocimiento de un derecho emanado de la Seguridad Social -que en conexidad con los derechos a la salud y a la vida, se ha considerado como un derecho fundamental-, se permita que, a pesar de que una ley ha sido encontrada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional, el asociado, a pesar de llenar todos los demás requisitos, no acceda a la prestación, so pretexto de que la sentencia que declaró la inexequibilidad del precepto solo tiene efectos a futuro.

Nótese que según las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-556 de 2009, el requisito de fidelidad, básicamente resulta inexequible porque es de carácter regresivo en relación con la norma anterior, en razón de lo cual, no es sostenible afirmar que esa misma causa no opera en el periodo comprendido entre la entrada en vigencia de la disposición y la fecha de la sentencia de inexequibilidad.

En otras palabras, la vigencia de la exigencia nueva, prevista en la norma para acceder a la prestación no tiene más asidero que la tardanza en presentar el tema ante la Corte Constitucional y el tiempo que ella se tome para darle solución, sin que resulte ni jurídico, ni justo, ni igualitario, trasladar a los ciudadanos las consecuencias de los errores del Congreso en asocio con la tardanza propia del trámite para la verificación de constitucionalidad de la norma.

Adicionalmente debe resaltarse que la prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal sirve de soporte para sostener que, si como lo venía haciendo la Corte Constitucional antes de la declaratoria de la sentencia C-556 de 2009, en los eventos de reclamaciones denegadas por falta del requisito de fidelidad era viable aplicar la excepción de inconstitucionalidad, con mayor razón es posible y recomendable hacerlo ahora que existe certeza sobre la inconstitucionalidad de tal exigencia.

Finalmente es importante hacer notar que, a partir de la sentencia del 8 de mayo de 2012, radicada bajo el No. 41832, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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. Tal criterio fue recientemente ratificado por esa alta Corporación, pero ahora 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- PROTECCIÓN ESPECIAL DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES

De conformidad con la constitución y la ley, los derechos de los menores prevalecen sobre los de cualquier otra persona.

En este sentido prevé el artículo 9º de la ley 1098 de 2006:

> *"En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.*
>
> *En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente."*

3- EL CASO CONCRETO

Considerando que mediante comunicado DBP-6420-08 del 13 de noviembre de 2008 –*fls.62-63*-, la AFP ING S.A. certificó que el señor Guillermo Romero Arango cotizó al sistema pensional 118,86 semanas en los tres años anteriores al momento de su muerte -*5 de octubre de 2008, fl.10*-, conforme lo exige el artículo 73 de la Ley 100 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.

1993 en concordancia con el 46 ibídem, modificado este último por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y al no caber duda sobre la procedencia de inaplicar mediante la figura de la excepción de inconstitucionalidad *–Art. 4º Constitución Política-* el requisito de la fidelidad al sistema pensional durante el tiempo que estuvo vigente en el ordenamiento legal, estima la Sala que la pensión de sobrevivientes que aquí se reclama si nació a la vida jurídica.

Así las cosas, como quiera que en esta sede no existe ninguna discusión sobre la calidad de beneficiarios, que conforme al artículo 74 de la Ley 100 de 1993, tienen la señora Martha Cecilia Cortés Aguirre y sus hijos Julio Eduardo y Anlleli Milet Romero Cortés *–demandantes-* en relación a quien fuera su compañero permanente y padre respectivamente, el señor Guillermo Romero Arango, se habrá de confirmar el fallo de primera instancia.

Ahora bien, respecto a la definición del origen de la pensión de sobrevivientes que en este juicio se reclama, contrario a las afirmaciones de la parte apelante ING Pensiones y Cesantías S.A., los demandantes fueron explícitos en cuanto a que el reconocimiento de tal prestación tuviese como sustento jurídico el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, la cual regula las condiciones para acceder a la pensión de sobrevivencia de origen común en el régimen de prima media con prestación definida.

Adicional a lo anterior, como este punto de la censura está enfocado a criticar la técnica en cuanto a la elaboración de los hechos de la demanda *–fl.51-,* esta inconformidad es inoportuna en este escenario procesal, debido a que por sus características, debió haberse canalizado en la etapa procesal de formulación de excepciones previas, lo cual no se hizo.

Ahora bien, a pesar de que la parte actora no apeló la decisión, en virtud de la obligación constitucional y legal de protección de los derechos de los menores debe la Sala corregir la imprecisión en que incurrió el *a-quo* en cuanto dispuso que, a partir del 14 de diciembre de 2010, el porcentaje del 25% de la pensión de que gozaba ANLLELI MILET ROMERO CORTÉS acrecentaría el monto de la pensión de la señora MARTHA CECILIA CORTÉS AGUIRRE, por cuanto ese acrecimiento debe operar a favor del menor JULIO EDUARDO ROMERO CORTÉS a quien por lo tanto,

a partir de esa fecha, le corresponderá el 50% del valor total de la pensión reconocida.

Como quiera que la parte resolutiva de la sentencia de primer grado señaló en el ordinal segundo que los actores gozarían de la pensión en los porcentajes referidos en la parte motiva, se confirmará en su totalidad la decisión con la precisión que aquí se ha hecho.

Costas en la instancia correrán a cargo de la A.F.P. ING S.A. y la llamada en garantía SEGUROS BOLÍVAR S.A., conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C. Como agencias en derecho se fija la suma de un millón ciento treinta y tres mil cuatrocientos pesos mcte ($1.133.400). 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 con la precisión de que el porcentaje de que dejó de gozar ANLLELI MILET ROMERO CORTEZ a partir del 14 de diciembre de 2010 acrece al derecho del menor JULIO EDUARDO ROMERO CORTÉS, a quien por lo tanto, desde esa fecha le corresponderá el 50% del valor total de la pensión de sobrevivientes reconocida.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte demandada **ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y a la llamada en garantía **SEGUROS BOLÍVAR S.A.** Como agencias en derecho se fija la suma de un millón ciento treinta y tres mil cuatrocientos pesos mcte ($1.133.400). 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

HUMBERTO ALBARELLO BAHAMÓN **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA
Secretaria