

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE
Magistrado Ponente

SL12376-2014

Radicación n° 44434

Acta n°. 12

Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014).

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandante, contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso ordinario que **OVIDIO ANTONIO ZAPATA ZAPATA** le adelanta al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En atención al memorial de folio 61 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesor procesal del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy en liquidación, a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES «COLPENSIONES», de conformidad con lo previsto en el D.2013 de 2012 Art. 35, en armonía con el CPC Art. 60, aplicable a los procesos laborales y de la seguridad social, por expresa remisión del CPT y SS Art. 145.

I. ANTECEDENTES

El citado accionante, demandó en proceso laboral al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en procura de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a partir del 18 de abril de 2007, y se condene a su favor al pago de las mesadas causadas, incluyendo las adicionales; la indexación; los intereses moratorios; lo que resulte probado *extra y ultra petita*; y las costas.

En sustento de sus súplicas, en lo que en estrictez concierne al recurso extraordinario, el promotor del proceso sostuvo que el 18 de abril de 2007 falleció la señora María Oralía Bayer de Zapata, quien era su cónyuge; que le pidió al Instituto demandado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, pero le fue negada, bajo el argumento de que no se cumplían los supuestos fácticos

estatuídos en el art. 12 de la L. 797 / 2003, en esencia, las semanas de fidelidad; que la Corte Constitucional en diferentes decisiones ha desarrollado el principio de progresividad; que la Corte Suprema de Justicia, *«ha permitido la aplicación de la condición más favorable en caso de transición normativa»*; y que agotó la reclamación administrativa.

II. RESPUESTA DE LA DEMANDA

El Instituto llamado a juicio al contestar el escrito inaugural del proceso, se opuso a la prosperidad de las súplicas. Formuló como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho, y la que denominó *«genéricas»*.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Pereira, puso fin a la primera instancia con la sentencia del 17 de abril de 2009, en la que absolvió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de todas las pretensiones impetradas por el actor, a quien le impuso costas.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la anterior determinación, apeló la parte actora, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Pereira, Sala Laboral, con la sentencia del 18 de noviembre de 2009, confirmó el fallo de primer grado. Costas a cargo de la vencida.

En lo que en rigor interesa al recurso de casación, el juez de segundo grado, luego de referirse al A. 049 de 1990, aprobado por el D. 758 de la misma anualidad, y a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, de estimar que no es procedente la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito de estas, de copiar apartes de las sentencias CSJ SL del 2 de sep. 2008, rad. 32.765 y CC T-043/07, asentó que en cuanto a la aplicación del carácter progresivo de los derechos sociales, la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha encargado de establecer unos presupuestos que permiten la inaplicación de la L. 797 / 2003, siendo el principal de ellos, el relativo al tiempo, esto es, que el deceso sobrevenga en cercanías a la entrada en vigencia de esta última obra legal y que se cumplan los presupuestos de la normativa anterior.

Sostuvo que de las anteriores disertaciones, se pueden extractar, a manera de conclusiones, las siguientes:

La regla general es que la pensión de sobrevivencia se gobierne por la legislación vigente al momento de la

causación del deceso del afiliado. Puede excepcionarse esa regla general, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, cuando se trata de un cambio de fondo o sustitución del sistema de seguridad social en pensiones y el nuevo contemple unos requisitos más benevolentes que, sin embargo, no se cumplen, pudiéndose acudir a la normatividad anterior, en vigencia de la cual se cumplieron los presupuestos establecidos para causar a gracia pensional. Cuando no se trata de una sustitución del sistema, sino que es un simple cambio de leyes, exigiendo la nueva obra legal mayores presupuestos que la anterior, es posible que, bajo condiciones especiales de cercanía entre la estructuración y el cambio legislativo, se acuda a las normas anteriores, pero no en aplicación de la condición más beneficiosa, sino en virtud del carácter progresivo de los derechos sociales. Estas dos últimas hipótesis, tienen cabida siempre que la ulterior legislación no contemple algún mecanismo de transición, pues de ocurrir esto, esas normas serán las que establezcan la forma de aplicación de la antigua legislación. Las modificaciones en cuanto a requisitos que se hagan al interior de un Estatuto de Seguridad Social, que no afecten su parte estructural, axiológica y básica, no pueden ser tenidos como un nuevo sistema. Así por ejemplo, con la variación que a los presupuestos para acceder a la

pensión de sobrevivientes hizo la Ley 797 de 2003, no se varié el sistema implantado con la Ley 100 de 1993.

Así, concluyó el Tribunal que analizando el asunto, bajo la óptica del principio de progresividad, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia constitucional, *«la situación no varía, pues el principal elemento que es la proximidad del deceso respecto al cambio legislativo no está dado, pues la señora Bayer de Zapata falleció en el año 2007, es decir, cuando la, Ley 797 de 2003 tenía más de 4 años de vigencia».*

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

La censura con el recurso extraordinario persigue, según lo dijo en el alcance de la impugnación, que se CASE totalmente la sentencia del Tribunal y, en sede de instancia, *«profiera una nueva en la que se condene»* al demandado a reconocerle la pensión de sobrevivientes a partir del 18 de abril de 2007 y se *«acojan las demás súplicas de la demanda».*

Para el efecto, formula tres cargos, replicados, que serán estudiados conjuntamente conforme lo autoriza el art. 51 del D. 2651 / 1991, convertido en legislación permanente por el art. 162 de la L. 446 / 1998, por cuanto están dirigidos por la misma vía, denuncian las mismas normas legales, persiguen un objetivo común y se valen de argumentos complementarios.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar la ley sustancial, por la vía **directa** y en el concepto de **infracción directa** del artículo «4° de la Constitución Nacional y en su lugar se aplicó el artículo 46 de la ley 100 de 1993 modificado por el literal b del numeral 2 del artículo 12 de la ley 797 de 2003, pese a su declaratoria de inexecutable».

El impugnador sostiene que la Corte Constitucional mediante sentencia C- 556 de 2009, declaró inexecutable el requisito de la fidelidad, consagrado en el artículo 12 de la L. 797 / 2003, por tanto el único «exigible para los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes es el de las

50 semanas cotizadas por el causante afiliado en los tres últimos años».

Agrega que, si bien es cierto dicha declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos hacia el futuro y que:

por el principio de legalidad estos siguen produciendo efectos jurídicos durante el tiempo que permanecieron vigentes no es menos cierto que las razones para declarar inexecutable el requisito de fidelidad estaban presentes desde el mismo momento de su entrada en vigencia, por tanto son contrarios a la Constitución desde esa fecha y deben ser objeto de la excepción de inconstitucionalidad, pues no se comprendería como (sic) la misma norma esta conforme a la Constitución entre el año 2003 y 2009, y posteriormente deje de estarlo por razones que estuvieron presentes desde su propio nacimiento El principio de legalidad no tiene la virtud de conferir a la norma que disfruta de dicha prerrogativa indemnidad alguna respecto de la excepción de inconstitucionalidad

A renglón seguido, el recurrente trae a colación providencias del Consejo de Estado, que hacen alusión a la facultad del juez para declarar la excepción de inconstitucionalidad *«a situaciones anteriores a la sentencia de inexecutable proferida por la Corte Constitucional a pesar de que esta tenga efectos solo hacía el futuro».*

Reitera que si la Constitución es el referente principal de toda *«cadena de normas que se expiden dentro del ordenamiento jurídico»*, la declaratoria de inexecutable de una disposición deja al descubierto la grave violación *“a su integridad, lo que genera su expulsión inmediata del sistema normativo”*, no obstante, dice el recurrente, compromete con mayor severidad dicha integridad el hecho de que sabiéndose *«contraria a la constitución por expresa declaración del tribunal competente, se permita que la disposición siga produciendo efectos jurídicos sobre (sic) situaciones anteriores a tal declaratoria, pues tan grave es la afrenta de la norma en cuestión al orden constitucional que ha sido eliminada del mismo y la presunción de legalidad de dicha norma durante su vigencia no pueden enervar un hecho tan categórico ni puede ofrecer indemnidad alguna respecto de la aplicación preferente de la excepción de inconstitucionalidad establecido en el artículo 4º de la Constitución en caso de incompatibilidad entre la Constitución y cualquier otra norma jurídica.»*

Al concluir, asevera que el Tribunal al exigir el muy veces mencionado requisito de fidelidad, vulneró el principio de progresividad o de no regresividad en materia de seguridad social.

Los cargos segundo y tercero, contienen planteamientos similares a los del primer ataque que por economía procesal no se transcriben.

VII. RÉPLICA

Al confutar los cargos, el opositor, en suma, asevera que el Tribunal no se equivocó por lo siguiente: (i) porque no está demostrado el requisito de fidelidad establecido en la norma; (ii) si bien la sentencia C-556 de 2009 declaró parcialmente inexecutable el «*artículo 46 de la Ley 100 de 1993*», también lo es que esta decisión no tiene efectos retroactivos; y (iii) no es aplicable la condición más beneficiosa.

VIII. SE CONSIDERA

Teniendo presente que los ataques se dirigen por el sendero de puro derecho, no existe discusión en torno a los siguientes supuestos fácticos: (i) que la señora María Oralia Bayer de Zapata falleció el 18 de abril de 2007; (ii) que cotizó al Instituto de Seguros Sociales, para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte 231 semanas, durante toda su vida laboral, de las cuales 146

fueron en los tres (3) años anteriores a su deceso, según Resolución No. 003522 del 29 de abril de 2008; (iv) que no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema consagrado en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003; y (v) que el ISS le negó al accionante la pensión de sobrevivientes, precisamente por no reunir este último requisito de fidelidad al sistema.

Como se recuerda el descontento del recurrente con la sentencia fustigada estriba, en estricto, en que la Sala sentenciadora incurrió en el desaguado de exigir, en este asunto, el requisito de la fidelidad al sistema, por ser inconstitucional, y no observar el *«principio de progresividad»* en materia de seguridad social.

En relación con la inaplicación del requisito de *«fidelidad»* por virtud del denominado principio de progresividad y no regresividad, que se exige tanto para la pensión de sobrevivientes como para la de invalidez, la Sala en un caso en el que se debatía tal exigencia a la luz de la Ley 797/2003, Art. 12, mediante sentencia de la CSJ Laboral, 25 de julio de 2012, Rad. 42501, sostuvo, entre muchos aspectos, que el Juzgador debe abstenerse de

aplicar disposiciones legales regresivas aún frente a situaciones consolidadas antes de su declaratoria de inexequibilidad, en los eventos en que se constituyan en obstáculos para obtener un derecho pensional.

Conviene precisar, que acoger el principio de progresividad a efectos de no aplicar la fidelidad al sistema, no tiene que ver con darle efectos retroactivos a la decisión de inexequibilidad mencionada, sino que ello obedece a la patente contradicción de ese requisito con el citado principio constitucional.

En providencia CSJ SL del 10 de julio de 2012, Rad. 42423, esta Sala adoctrinó:

(...) en sentencia de 20 de junio de 2012 rad. N° 42540, frente a una prestación de sobrevivientes pero cuyos argumentos resultan aquí plenamente aplicables, varió su criterio en lo referente a los efectos que debe surtir la declaratoria de inexequibilidad de una determinada disposición en materia de seguridad social, que haya impuesto un requisito que el juez de la Carta encuentra contrario a preceptos superiores por ser abiertamente regresivo.

En esos eventos y ante la existencia de una previsión legal que desconoce el principio de progresividad el cual irradia las prestaciones de la seguridad social, el juzgador para lograr la efectividad de los postulados que rigen la materia y valores caros a un estado social de derecho consagrados en nuestra Constitución Política, especialmente en los artículos 48 y 53, y que encuentran sustento también en la regulación internacional como la Declaración Universal de

los Derechos Humanos, y los tratados sobre el tema ratificados por el Estado Colombiano los cuales prevalecen sobre el orden interno, debe abstenerse de aplicar la disposición regresiva aún frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexecutable, en las hipótesis en que ella se constituya en un obstáculo para la realización de la garantía pensional máxime en casos como la pensión de invalidez, en que se trata de proteger a una población en circunstancias de vulnerabilidad y que amerita especial protección. Lo anterior significa que no se está disponiendo su inaplicabilidad general, pues frente a quienes la norma no resulte regresiva y consoliden el derecho durante el tiempo que tuvo vigor debe surtir plenos efectos.

De manera que el actor tiene derecho a la pensión deprecada.

Puestas así las cosas hay que advertir que si bien la decisión del Tribunal estuvo a tono con la línea jurisprudencial vigente para la data del fallo, también lo es que esa postura fue rectificadada por esta Sala con posterioridad, criterio que ahora impera para resolver este asunto, por lo que en cumplimiento del deber de la Corte de unificar la jurisprudencia nacional, la sentencia recurrida será casada.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

Aunado a lo expuesto en la esfera casacional, hay que decir, en sede de instancia, que siendo un hecho indiscutido que la señora María Oralia Bayer de Zapata, cónyuge del actor, falleció el 18 de abril de 2007, para fijar

el **monto de la pensión de invalidez** se ha de aplicar el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, que consagra como porcentaje el *«45 % del ingreso base de liquidación más 2 % de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75 % del ingreso base de liquidación»*.

También es menester precisar que dado que el **ingreso base de liquidación** de tal prestación, según la Resolución No. 003522 del 29 de abril de 2008 del I.S.S., obrante a folios 6 y 7, asciende a la suma de \$433.626,00, que valga decir, no fue materia de debate, la Corte lo tendrá en consideración para determinar la primigenia mesada pensional.

Así entonces, sobre dicho IBL se aplicará el porcentaje obtenido que para el asunto a juzgar será del 45%, por razón de que la causante, conforme a la mencionada resolución del ISS, cotizó un total de 231 semanas, cuyo resultado se traduce en el valor de la mesada pensional.

Hechas las operaciones del caso, y siguiendo los anteriores parámetros, el IBL de la pensión de

sobrevivientes a favor del accionante, asciende a la cantidad de \$433.626,00, que al aplicarle el 45% el monto de la prestación arroja el valor de \$195.131,70. Sin embargo, al ser inferior al salario mínimo legal de la época, la cuantía de la pensión será equivalente a ese salario mínimo vigente para el año 2007, esto es la suma mensual de \$433.700,00.

Por mesadas causadas con los respectivos incrementos legales y las mesadas adicionales, para el período comprendido entre el 18 de abril de 2007 y el 28 de febrero de 2014, hechas las operaciones del caso, el ISS debe cancelar al demandante la suma de \$50.069.736,67, debiendo continuar cancelando la pensión de sobrevivientes con una mesada para el año 2014 de \$616.000,00 mensuales. Lo anterior es posible condensarlo en el siguiente cuadro:

INGRESO BASE DE LIQUIDACION	=	\$	433.626,00
FECHA DE PENSION	=		18/04/2007
NRO. DE SEMANAS COTIZADAS	=		231,00
TASA DE REEMPLAZO	=		45%
VALOR PRIMERA MESADA	=	\$	195.131,70
SMLV AÑO 2007	=	\$	433.700,00
VALOR MESADAS ADEUDADAS	=	\$	50.069.736,67

Ahora bien, teniendo en consideración que la pensión, de sobrevivientes deprecadas se causó bajo la vigencia del

Acto Legislativo 01 de 2005, al actor le corresponden 13 mesadas al año.

No se declarará probada la excepción de prescripción toda vez que si: (i) el derecho pensional se causó el 18 de abril de 2007; (ii) el actor elevó la reclamación administrativa el 19 de octubre de 2007; y (iii) presentó la demanda el 9 de julio de 2008; salta a la vista que ninguna mesada se encuentra afectada por tal fenómeno.

En lo que atañe a los intereses moratorios e indexación, baste decir que no fueron objeto de apelación, por lo que de acuerdo con el principio de la consonancia estatuido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala, como juez de instancia, carece de competencia para pronunciarse al respecto.

Las demás excepciones propuestas por el I.S.S al dar respuesta al libelo demandatorio, por las resultas del proceso no pueden prosperar.

De tal manera que, se **revocará** la sentencia absolutoria de primer grado, para en su lugar impartir las condenas en la forma antes establecida.

Las costas de primera instancia serán a cargo del Instituto demandado; en la alzada no se causaron, y no hay lugar a ellas en el recurso extraordinario, por cuanto la acusación salió avante.

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, **CASA** la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso ordinario que **OVIDIO ANTONIO ZAPATA ZAPATA** le adelanta al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En sede de instancia, se **REVOCA** el fallo de primer grado, para en su lugar **CONDENAR** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** a reconocer y pagar al demandante, la pensión de sobrevivientes, a partir del 18 de abril de 2007, en cuantía equivalente al salario mínimo legal y, en consecuencia se deberá cancelar la suma de **CINCUENTA MILLONES SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS**

TREINTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS (\$50.069.736,67), por concepto de mesadas causadas con los respectivos incrementos legales y las mesadas adicionales, del período comprendido entre el 18 de abril de 2007 y el 28 de febrero de 2014, debiendo continuar cubriendo la pensión con una mesada mensual para el año 2014 por valor de **SEISCIENTOS DIECISEIS MIL PESOS (\$616.000,00) MONEDA CORRIENTE**. Se **DECLARAN** no probadas la excepciones propuestas por el Instituto demandado.

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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE