

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ELISA GNECCO MENDOZA

ACTA DE LA AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO
ORDINARIO DE DAVID PULIDO VELASCO CONTRA INSTITUTO DE
SEGUROS SOCIALES. Expediente No. 17 2010 00585 01.

En Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de dos mil once (2011) a las tres de la tarde (3 p.m.), fecha y hora señaladas por auto anterior para llevar a cabo la audiencia de juzgamiento, la Magistrada Ponente la declaró abierta con la asistencia de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión.

Acto seguido, dictan la siguiente:

S E N T E N C I A :

En grado de jurisdicción de consulta estudia la Sala el fallo del 31 de enero de 2011 proferido por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por medio del cual ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

A N T E C E D E N T E S :

DAVID PULIDO VELASCO demandó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para que previos los trámites del proceso ordinario se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, debidamente indexada desde el 14 de abril de 2006, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones señaló que la causante Hilde Rojas de Vásquez falleció el 14 de abril de 2006; que el 9 de junio de 2006 acudió ante la demandada a reclamar la pensión de sobrevivientes alegando

su calidad de compañero permanente del causante; que mediante Resolución 038838 del año 2006, el ISS le negó la prestación referida arguyendo que la causante no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema; que mediante sentencia C-556 de 2009 la Corte Constitucional declaró inexecutable el requisito de fidelidad al sistema para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; y que agotó reclamación administrativa ante el ISS mediante escrito del 7 de abril de 2010.

Corrido el traslado de rigor la demandada dio contestación al libelo oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Adujo que el demandante no cumplió con los requisitos legales para que le sea otorgada la pensión de sobrevivientes, y que si el ISS negó el derecho pensional lo hizo acatando la normatividad vigente y aplicable al asunto. Como excepciones propuso las de Inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

En sentencia del 31 enero de 2011, la Juez de conocimiento ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Señaló que teniendo en cuenta que el fallecimiento de la causante ocurrió el 14 de abril de 2006, es decir en vigencia de la Ley 797 de 2003; que para la fecha de expedición de la Resolución N° 038838 de 2006, el requisito alusivo a la fidelidad del sistema se encontraba en pleno vigor; y que la sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el requisito de fidelidad no tiene efectos retroactivos, deviene la negación de las súplicas, pues adicionalmente consideró que no había lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Contra esta decisión no se interpuso recurso alguno motivo por el cual subieron los autos ante este Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

C O N S I D E R A C I O N E S :

Teniendo en cuenta el resultado, la Sala analizará las pretensiones de la demanda con el fin de verificar la procedencia de la absolución total. Para el efecto, se exponen los siguientes hechos y consideraciones.

No es objeto de controversia que la causante falleció y que estuvo afiliada al ISS; que cotizó 104 semanas en sus tres últimos años de vida; que el deceso acaeció el 14 de abril de 2006; que el demandante fue su compañero permanente, y que la norma aplicable para el estudio de la pensión de sobrevivientes es la vigente en el momento del deceso, es decir, la Ley 797 de 2003.

Por su parte el a quo consideró que debe exigirse el requisito de fidelidad de cotizaciones al sistema para las personas que fallecieron antes de que fuera declarado inconstitucional. La Sala discrepa de tal postura, por cuanto, si bien es cierto que no se estableció que la sentencia C-556 de 2009 que declaró la inexecutable de los literales a) y b) del numeral 2 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 tuviese efectos retroactivos y por lo mismo debería entenderse que rige hacía el futuro, lo cierto es que no resulta ajustado a derecho exigir a la familia del causante que ha fallecido antes de la sentencia, un requisito que desde su vigencia se vislumbraba abiertamente violatorio de la Carta Política y del principio de progresividad de las leyes de seguridad social.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al principio de progresividad ha señalado:

“(...) Dentro de este contexto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte en materia de progresividad de los derechos sociales, el Pacto de San José de Costa Rica y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, las medidas regresivas, en cuanto constituyen disminución en la protección que haya alcanzado un derecho social, se presumen en principio inconstitucionales y contrarias al Pacto Internacional de estos derechos.

En consecuencia, el legislador puede realizar cambios normativos, siempre y cuando exista una clara justificación superior para la excepcional disminución, en la general protección de los derechos sociales y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.”

En la misma providencia, en cuanto a la regresividad de la Ley 797 de 2003, se dijo:

“Es decir, la exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, es una medida regresiva en materia de seguridad social, puesto que la modificación establece un requisito más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes, desconociendo la naturaleza de esta prestación, la cual no debe estar cimentada en la acumulación de un capital, sino que por el contrario, encuentra su fundamento en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios.”

Asimismo, en Sentencia T-006 de 2010, el órgano constitucional, en un caso similar al que hoy nos ocupa expresó:

“Así las cosas, a pesar de que la sentencia C-556 de 2009 no tiene efectos retroactivos, para el presente caso ésta Sala concederá la protección de los derechos invocados por la accionante, puesto que los argumentos esgrimidos por la entidad accionada en cuanto al requisito de fidelidad, carecen de sustento constitucional, al fundarse en la aplicación de una norma regresiva que vulnera el principio de progresividad propio de los derechos sociales inherentes a la seguridad social.

“No obstante que la sentencia C-556/09 no tiene efectos retroactivos, no podría ésta Sala negar la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social en el presente caso, puesto que así se toleraría que los efectos de la norma declarada inexecutable se continúen proyectando en el tiempo, aún con posterioridad a la fecha de la aludida sentencia.

“...Entonces, en este caso, se aplicó por parte del Seguro Social una norma que, en principio y de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, es inconstitucional; además, actualmente los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 no se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, al haber sido declarados inexecutable por esta Corporación en sentencia C-556 de 2009. Sobre este punto, se debe hacer la siguiente aclaración: Para el momento de elevarse la solicitud de pensión de sobrevivientes, la norma declarada inexecutable aún se encontraba vigente, por lo que la sentencia de constitucionalidad no podría aplicarse al presente caso. Sin embargo, la negativa de la entidad para reconocer la pensión de sobrevivientes proyecta en el tiempo y hacia futuro los efectos de una norma declarada inconstitucional, afectando los derechos fundamentales del accionante. Es decir, en el presente caso se concede la tutela para que no se continúen vulnerando los derechos al mínimo vital y a

la seguridad social del actor y de su madre, puesto que no tutelar sus derechos sería como reconocer que aún hoy el requisito de fidelidad que estipulaba el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 mantiene plena vigencia, cuando sabemos que no es así.”(…)(Negrillas y subrayado nuestros)

Con base en el criterio transcrito y la aplicación válida de la excepción de inconstitucionalidad, la Sala considera dar primacía y armonía al ordenamiento constitucional y en especial al principio de progresividad conforme lo hace la jurisprudencia en cita, para inaplicar por ende el requisito de fidelidad y conceder al demandante la prestación pretendida.

En ese orden de ideas se revocará el fallo apelado y en su lugar se condenará a la demandada al reconocimiento a favor del actor, de la pensión de sobrevivientes a partir del 14 de abril de 2006, fecha del deceso de la causante, junto con la mesada numero 13 únicamente, de conformidad con el artículo 48 Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo N° 1 de 2005.

Frente a los intereses moratorios, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señala:

A partir del 1 de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Por manera, que se causan intereses moratorios cuando hay tardanza en el pago de las mesadas, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta el período de gracia que concede el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 para las pensiones de sobrevivientes, de dos (2) meses contados a partir de la fecha de radicación de los documentos necesarios para resolver las solicitudes prestacionales.

Asimismo, dichos intereses resultan aplicables única y exclusivamente a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del ISS en el régimen de prima media con prestación definida.

En el presente caso, la pensión de sobrevivientes que se reconoció al demandante se hizo bajo los presupuestos del artículo 12 de la ley 797 de 2003, siendo procedente, por tanto, imponer los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100.

Para definir la iniciación de la mora es preciso recordar los siguientes hechos: Con posterioridad al fallecimiento del la señora Hilde Rojas, el 14 de abril de 2006, el señor David Pulido radicó el 9 de junio de 2006 reclamación ante el I.S.S. (Folio 9). El ISS, mediante Resolución N° 038838 de 2006 (Folio 9) y en respuesta a la solicitud del demandante, negó la prestación deprecada.

Por tanto, si se tiene como punto de referencia para empezar a contar el periodo de gracia, la fecha en que el señor Pulido hizo la reclamación, se tiene que los intereses moratorios comenzaron a causarse a partir del 9 de agosto de 2006. No obstante, para fijar la fecha en que deben ser pagados tanto los intereses precitados como las mesadas causadas retroactivamente, debe hacerse referencia a la excepción de prescripción propuesta por la demandada en la contestación, como quiera que la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha reiterado en diferentes pronunciamientos que si bien el derecho pensional no prescribe, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales e intereses no cobrados dentro del periodo trienal siguiente a su exigibilidad, los cuales se encuentran afectos por tal fenómeno prescriptivo.

En el caso de autos, se tiene que entre la fecha del fallecimiento de la causante – 14 de abril de 2006- y la fecha en que el actor inició la presente acción -17 de agosto de 2010- transcurrieron más de los tres años que consagran los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, pues si bien el actor reclamó el derecho el 9 de junio de 2006, lo cierto es que dentro de los tres años siguientes a dicha reclamación no lo hizo ni presentó demanda, consolidándose por tanto, sobre los intereses y mesadas causadas con anterioridad al (presentación demanda) el fenómeno de la prescripción.

En tal sentido, esta Sala de decisión condenará al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 14 de abril de 2006, que deberá

equivaler al 45% del ingreso base de liquidación sin que, de todas formas su valor, pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Sin embargo, como quiera que sobre las mesadas e intereses moratorios operó la prescripción extintiva, se condenará a la demandada a pagar los mismos sólo a partir del 17 de agosto de 2008, como ya se indicó.

Siendo los anteriores argumentos suficientes para dar por agotada la materia de consulta, esta Corporación procederá a revocar el fallo de primera instancia conforme lo descrito.

No se causaron costas en esta instancia. Las de primera quedarán a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E :

PRIMERO: REVOCAR el fallo del 31 de enero de 2011 proferido por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito, para en su lugar CONDENAR a la demandada a reconocer la pensión de sobrevivientes a partir del 14 de abril de 2006, en cuantía del 45% del ingreso base de liquidación a la causante en la pensión de vejez, sin que de todas formas, su valor pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción, con relación a las mesadas pensionales e intereses moratorios causados con anterioridad al 17 agosto de 2008, en atención la motivación de este fallo.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar las mesadas pensionales desde 17 de agosto de 2008, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir 17 de agosto de 2008, sin perjuicio de que para su cálculo se tenga en cuenta la tasa máxima vigente al momento en que se efectúe el pago, así como el momento para el cual cada una de las mesadas pensionales se causaron, de acuerdo con lo expuesto en esta decisión.

QUINTO: No se causaron costas en esta instancia. Las de primera quedarán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El anterior fallo queda notificado en ESTRADOS a los apoderados de las partes.

CARMEN ELISA GNECCO MENDOZA

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA