



**MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO**

**Magistrado ponente**

**SL17985-2017**

**Radicación n.º 56711**

**Acta n.º 17**

Bogotá, D. C., primero (1º) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **CARMEN ELISA LOFFNER DE SÁNCHEZ** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el 30 de abril de 2012, en el proceso ordinario laboral seguido por la recurrente contra **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

## **I. ANTECEDENTES**

Carmen Elisa Loffner de Sánchez demandó en proceso ordinario laboral a Positiva Compañía de Seguros S.A., a fin de que fuera condenada a cancelar a su favor de la demandante el retroactivo de la pensión de sobrevivientes a

que por ley tiene derecho, desde el momento que le fue suspendido el pago y hasta el 10 de agosto de 2010, debidamente indexados, junto los intereses moratorios de que trata del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cualquier otro crédito que resulte probado en su favor, y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el 3 de agosto de 1974 contrajo matrimonio con el señor Jesús Salvador Sauza Arcila; que de la citada unión tuvieron un hijo, el cual para la fecha de presentación de la demanda ya era mayor de edad; que el 4 de marzo de 1975 falleció su cónyuge a causa de un accidente de trabajo, momento para el cual se encontraba afiliado al ISS.

Explicó que a través de la Resolución n.º. 10842 de 1975, el ISS les reconoció pensión de sobrevivientes tanto a ella en calidad de esposa como a Jesús Salvador Sauza Loffner hijo de la pareja, a partir del 4 de marzo de 1975, que su asignación pensional se hizo con carácter vitalicio, mientras que la del menor hasta que cumpliera la mayoría de edad o hasta los 25 años si se encontraba estudiando.

Afirmó que el 30 de julio de 1980 contrajo un nuevo matrimonio, situación de la que informó al ISS mediante comunicación del 30 de julio de 1982, a la vez solicitó que no se le retirara la pensión a su hijo menor de edad; que no obstante, las mesadas pensionales a las que por ley tenían derecho les fueron suspendidas «*desde 1980 (sic)*», sin mediar acto administrativo alguno, pues simplemente se

dejaron de pagar; que tampoco le cancelaron la indemnización equivalente a «*tres mesadas (sic)*» que contemplaba la normativa vigente para la época.

Narró que después de varios derechos de petición y dos tutelas, el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, mediante fallo del 1º de septiembre de 2010, ordenó a la ARP Positiva reestablecer el pago de su pensión de sobrevivientes, lo que la accionada acató mediante Resolución n°0593 del 27 de septiembre de igual año, a partir de noviembre de 2010, con el retroactivo correspondiente a las mesadas de septiembre y octubre de esa anualidad; que el acto administrativo nada dijo con respecto a las mesadas adeudadas ni frente a la indexación de tales sumas; y que estos valores están pendientes de pagar y deben ser asumidos por la demandada.

Por auto del 17 de marzo de 2011, se dio por no contestada la demanda (f.º 190 vuelto del cuaderno principal).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 31 de enero de 2012, condenó a entidad demandada a cancelar a favor de la demandante «*el retroactivo de la pensión de sobrevivientes que recibe desde la fecha en la que le fue suspendido el pago en el año de 1980 hasta el mes de agosto de 2010, mesadas*

*que ordenó pagar debidamente indexadas, como se indicó en la parte considerativa de la providencia», absolvió frente a las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.*

### **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Apeló la entidad de seguridad social y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con sentencia del 30 de abril de 2012, revocó en todas sus partes la sentencia de primer grado, absolvió de las súplicas y condenó en costas de ambas instancias a la demandante. (f.º 7 a 17 cuaderno del Tribunal).

El Tribunal precisó, que la pretensión de la actora consistió en que se condenara a la demandada al pago del retroactivo de la pensión de sobrevivientes, desde el momento en que se presentó la suspensión de las mesadas pensionales hasta el mes de agosto de 2010.

El juez de apelaciones luego de puntualizar sobre qué hechos no había debate entre los contendientes, adujo que la normatividad aplicable al asunto discutido era la Ley 90 de 1946, pues ésta se encontraba vigente al momento que acaeció el deceso del señor Jesús Salvador Suaza Arcila; esto es, el día 04 de marzo de 1975 (f.º 7 de expediente), en seguida trajo a colación el citado precepto para decir, que este respalda en principio la decisión de la aseguradora de pensiones de cesar el pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante, tras la muerte de su primer cónyuge, quien era el afiliado.

El sentenciador de alzada luego aludió a la sentencia C-309 del 11 de julio de 1996, en la que la Corte Constitucional, «[...] declaró inexecutable las expresiones “o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital” del artículo 2 de la ley 33 de 1993; o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital” del artículo 2 de la ley 12 de 1975; y “por pasar a nuevas nupcias o por iniciar nueva vida marital” del artículo 2 de la Ley 126 de 1985».

Dijo el *ad quem* que en la misma providencia en su parte motiva, el máximo juez constitucional puntualizó que, «[...] En relación con las normas legales que no se mencionan en la parte resolutive y que consagren una condición análoga a la que contienen aquéllas, no se aplicarán los efectos de este fallo y, en consecuencia, deberán ser objeto de demandas independientes y sobre su constitucionalidad la Corte se pronunciará en cada caso [...]»

Consideró entonces el juzgador, que de lo anterior podía inferirse inequívocamente, que mientras normas como la del artículo 32 de la Ley 90 de 1946, no sean objeto de demanda ante el juez constitucional, las mismas tienen atributo de constitucionalidad y, para casos concretos como el *sub examine*, continúan formando parte del sistema jurídico positivo, reservándose además dicho juzgador el examen de su avenimiento a la Carta Política, circunstancia que debe comprenderse como excluyente de pronunciamientos constitucionales difusos.

Seguidamente argumentó, que lo anterior significa que el *a quo* erró al condenar a Positiva Compañía de Seguros a pagar a favor de la promotora de la *litis* las mesadas dejadas de cancelar desde la fecha en que fue suspendido el pago de la pensión de sobrevivientes en el año 1980 hasta el mes de agosto de 2010, pues la demandante perdió su derecho pensional al contraer nuevas nupcias.

Por último advirtió el *a quem* que el derecho a la pensión de sobrevivientes de la demandante surgió nuevamente a la vida jurídica en virtud de una orden de tutela proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales (f.º 145 a 154); sin embargo, sólo desde la fecha del fallo del juez constitucional era dable reconocerle el disfrute de la pensión, esto es, el día 1º de septiembre de 2010, «*tal cual como fue realizado por la aseguradora de pensiones accionada*» (f.º 130 a 133).

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

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

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que en sede de instancia confirme en todas sus partes la sentencia de primer grado.

Con tal propósito formula un cargo que fue replicado.

## **VI. CARGO ÚNICO**

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 305 del Código de Procedimiento Civil; 135 del Decreto 2282 de 1989; 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; en relación con los artículos 66A adicionado por el 35 de la Ley 712 de 2001; 145 del CPTSS; 27, 28 y 31 del Decreto 2591 de 1991; 29, 48 y 53 de la Constitución Nacional; lo que condujo a la violación de los artículos 2º de la Ley 33 de 1973, 2º de la Ley 12 de 1975 y 2º de la Ley 126 de 1985.

Como errores de hecho singularizó los siguientes:

- 1. Dar por demostrado, sin estarlo, que la discusión en este proceso versaba sobre el derecho al reconocimiento la pensión de sobrevivientes y no sobre el derecho al retroactivo pensional.*
- 2. No dar por demostrado, estándolo, que lo pretendido era el reconocimiento del retroactivo pensional y no del derecho a la pensión de sobrevivientes.*
- 3. Dar por demostrado, sin estarlo, que dentro de los hechos de la demanda se estaba reclamando el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.*
- 4. No dar por demostrado, estándolo, que en los hechos de la demanda sólo se reclamó el derecho al retroactivo de la pensión de sobrevivientes habida cuenta de que el derecho a la pensión surgió a la vida Jurídica con la expedición del fallo de tutela del 1º de septiembre de 2010, emitido por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales.*
- 5. Dar por demostrado, sin estarlo, que la apelación era la oportunidad procesal para pronunciarse en torno al derecho a la pensión de sobrevivientes.*

6. *No dar por demostrado, estándolo, que solo en el escrito de apelación la entidad de seguridad social demandada discutió el derecho al - reconocimiento del retroactivo (no a la pensión), habida cuenta de que dejó precluir la oportunidad procesal que tenía para discutir la existencia del derecho a la pensión, al haber dado respuesta extemporánea a la demanda*

Expuso que a los anteriores errores se llegó por la falta de apreciación del fallo de tutela del 1º de septiembre de 2010, proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales (f.º 145 a 154 cuaderno del juzgado), la demanda inicial (f.º 156 a 169 *ídem*), respuesta extemporánea a la demanda y el auto que la tuvo por no contestada (f.º 182 al 190 *ídem*), la primera audiencia de trámite y, en especial, la etapa de fijación del litigio (f.º 192 al 193 del mismo cuaderno), la sentencia de primera instancia (f.º 214 al 222 *ídem*) y el escrito de apelación (fis. 223 al 225 *ídem*).

Explica que desde el mismo momento en que la actora confirió poder para presentar la demanda, manifestó que concedía el mandato a efectos de que «*se me reconozca y pague el retroactivo de la pensión de sobrevivientes que en derecho me corresponde*»; que así mismo, en la relación de fundamentos fácticos, luego de transcribir las consideraciones de la sentencia de tutela del 1º de septiembre de 2010, se dijo que la entidad demandada acató el fallo de tutela y que mediante Resolución n.º. 05933 del 27 de septiembre de igual año, ordenó restablecer el pago de las mesadas pensionales a partir de noviembre de 2010, pero que nada se dijo respecto de las mesadas adeudadas y la indexación.

Asevera que también en el *petitium* de la demanda se solicitó exclusivamente, que se condene a Positiva Compañía de Seguros S.A. a pagar a favor de la demandante el retroactivo de la pensión de sobrevivientes a que por ley tiene derecho, desde el momento en que se suspendió el pago y hasta el mes de agosto de 2010, los que se solicitaron sufragar indexados, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

Argumenta que el sentenciador de segundo grado no tuvo en cuenta que la entidad de previsión social respondió en forma extemporánea la demanda, como se dejó constancia tanto en el auto que así lo declaró como en la primera audiencia de trámite, y haciendo «*caso omiso de las consecuencias procesales de la falta de dar respuesta a la demanda en tiempo oportuno*», y por ende, guardó silencio en relación con los hechos y pretensiones de la demanda inicial y en cambio acogió los motivos de inconformidad consignados en el escrito de apelación. Argumento que apoyó haciendo cita de la sentencia del Tribunal.

Señala que pese a la claridad del *petitium* de la demanda, que le daba *ad quem* el límite de su pronunciamiento final, consideró equivocadamente que los argumentos consignados en el escrito de alzada, «*lo facultaban aún por encima de las atribuciones del juez de primer grado para pronunciarse sobre un punto no cuestionado*», el cual no podía ser invocado por la demandada «*debido a que no dio respuesta oportuna a la demanda*

*vulnerando con ello el principio de congruencia»; que en tales condiciones el Tribunal también transgredió el uso de las facultades *extra y ultra petita* y los artículos 27, 28 y 31 del Decreto 2591 de 1991 sobre los efectos de los fallos de tutela y la oportunidad para atacar los mismos.*

Adujo que la sentencia de tutela que ordenó reestablecer su derecho pensional no fue impugnada por la entidad hoy demandante y que como tampoco dio respuesta a la demanda inicial en este proceso, *«no es esta la oportunidad procesal para controvertir una decisión que se encuentra en firme y hace tránsito a cosa juzgada»*, pues como lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, *«no es a través de la justicia ordinaria laboral que deba determinarse cuales son los efectos de una tutela»*.

Afirmó que si el Tribunal le hubiera dado el correcto entendimiento al contenido de los documentos y piezas procesales *«hubiera aplicado la consecuencia prevista en los artículos 2º de la Ley 33 de 1973, 2º de la Ley 12 de 1975 y 2º de la Ley 126 de 1985- salvo el requisito de contraer nuevas nupcias que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional – preceptos jurídicos que eran los aplicables al caso y, por ello no dedujo las consecuencias jurídicas derivadas de los hechos que aparecen acreditados»*, que no son otros que la actora tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pensional desde junio de 1980 hasta agosto de 2010.

## VII. LA RÉPLICA

Aduce que el escrito mediante el cual se sustentó el recurso extraordinario, propio de un alegato de instancia, presenta «*muy graves*» e insuperables fallas de técnica que impiden el pronunciamiento de fondo; que el cargo único se basó en que presuntamente el juzgador de segundo grado no habría dado por demostrado que lo pretendido a través de la demanda inicial era el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, no de la pensión de sobrevivientes, cuando lo cierto es que el Tribunal «*expresamente manifestó que “pretende la señora Carmen Elisa Loffber de Sánchez (...) se ordene a la entidad de seguridad social demandada a pagarle el retroactivo de la pensión de sobrevivientes...”*».

Agrega que el censor no se refirió y mucho menos destruyó el real fundamento de la decisión impugnada, la cual consistió en que con base en el artículo 62 de la Ley 90 de 1946 la demandada no tenía derecho a recibir una pensión de sobrevivientes, ni consecuentemente, ningún retroactivo.

## VIII. CONSIDERACIONES

Cuando el cargo se encamina por la vía de los hechos, como aquí ocurre, el censor tiene la carga de acreditar de manera razonada la concreta equivocación en que incurrió la Colegiatura en el análisis y valoración de los medios de convicción y su incidencia con la decisión impugnada, que lo llevó a dar por probado lo que no está demostrado y a negarle

evidencia a lo que sí lo está, yerros que surgen a raíz de la equivocada valoración o falta de apreciación de la prueba calificada, esto es, el documento auténtico, la confesión judicial y la inspección judicial.

En el *sub lite*, conforme se desprende de lo planteado en el cargo, el recurrente endilga al Tribunal seis errores de hecho, que giran en torno a la falta de congruencia de la sentencia impugnada, los cuales se pueden condensar en los siguientes dos tópicos: *i)* que el *ad quem* al resolver el recurso de apelación de la parte demandada desconoció que el proceso versaba exclusivamente sobre el derecho al reconocimiento del retroactivo pensional y *ii)* que así mismo no tuvo en cuenta que no se reclamaba el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por cuanto este surgió a la vida jurídica con el fallo de tutela proferido el 1º de septiembre de 2010, por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales.

En relación tales aspectos, el censor denuncia la falta de apreciación de las siguientes pruebas y piezas procesales: el fallo de tutela, la demanda inaugural, su contestación extemporánea, el auto que la tuvo por no contestada, la primera audiencia de trámite en especial la etapa de fijación del litigio, la sentencia de primera instancia y el escrito de apelación.

Al respecto, el ataque es infundado, por lo siguiente:

1. El único propósito de la acusación es demostrar que el Tribunal se equivocó al entender la causa *petendi* que era objeto del proceso, puesto que las pretensiones estaban orientadas a lograr el pago del retroactivo de la pensión de sobrevivientes desde el momento en que se suspendió la cancelación de las mesadas hasta el mes de agosto de 2010, cuando se restableció la prestación por virtud de un fallo de tutela y no como afirma lo entendió el colegiado, que se discutía sobre el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Tal reflexión del recurrente parte de una premisa equivocada, en la medida que asegura que el Tribunal se apartó del verdadero problema jurídico y que guardó silencio en relación con los hechos y pretensiones de la demanda inicial, acogiendo para ello los motivos de inconformidad consignados en el escrito de apelación de la parte accionada.

En efecto, las afirmaciones de la censura no son ciertas, por cuanto el Tribunal sí tuvo en cuenta lo sostenido por el demandante a lo largo del proceso, al punto que expresamente, refiriéndose a lo expuesto por la actora en su escrito inaugural, sostuvo que las pretensiones consistieron en «*que se condene a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, a pagarle debidamente indexado, el retroactivo de la pensión de sobreviviente, desde el momento de la suspensión del pago hasta el mes de agosto de 2010, más los intereses de mora por las mesadas adeudadas, así como todo lo que resulte probado en aplicación de la facultad ultra y extra petita, además de las costas del proceso*» (Subraya de la Sala).

Lo anterior la Colegiatura lo reafirmó al momento de ocuparse de resolver el recurso de apelación interpuesto, para lo cual indicó en la parte considerativa de la sentencia que *«pretende la señora Carmen Elisa Loffner de Sánchez que a través de este contencioso se ordene a la entidad de seguridad social demandada a pagarle el retroactivo de la pensión de sobrevivientes, desde el momento suspensión del pago de las mesadas pensionales hasta el mes de agosto de 2010»* (Subraya la Sala).

Así las cosas, a diferencia de lo aseverado por la censura, para el Tribunal fue perfectamente claro que el único problema jurídico a resolver en esta contienda judicial, de cara a las pretensiones y causa *petendi* de la demanda inicial, consistía en establecer, si a la actora le asistía el derecho al pago del reclamado retroactivo pensional; situación muy diferente es que, para decidir la alzada se haya referido a las razones de inconformidad de la entidad apelante contra el fallo de primer grado y a la orden impartida mediante fallo de tutela de 1º de septiembre de 2010, así como al acatamiento que de este hizo la entidad de seguridad social demandada, ingresando a la actora a la nómina de pensionados a partir del mes de noviembre de 2010, donde pagó únicamente un retroactivo de los meses de septiembre y octubre de la misma anualidad. Igualmente, que hubiera aludido al artículo 62 de la Ley 90 de 1946, norma que en su decir, gobernaba la citada prestación para el momento del fallecimiento del primer cónyuge de la demandante.

Lo anterior significa, que no se presenta la falta de congruencia a que alude la censura, por cuanto, como quedó visto, el Tribunal resolvió conforme a lo planteado por las partes en contienda, observando la demanda introductoria sin distorsionar su contenido, ello conforme a los argumentos de la entidad apelante y para nada perdió de vista las pretensiones de la actora, todo lo cual se tomó como punto de partida para decidir y darle la razón a la demandada y no a la accionante.

Cumple indicar que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos laborales en virtud de la integración dispuesta en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, prevé que la sentencia debe estar «*en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda*». En este caso la comparación de lo decidido por el Tribunal lo será con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda introductoria y no con otros actos procesales o actuaciones como lo sugiere la censura.

Sobre este tema la Sala en sentencia CSJ SL 21 may. 2010, rad. 33866, adoctrinó:

*Tal como lo ha explicado esta Sala de la Corte, de seguro, con el propósito de salvaguardar el derecho de defensa de los contendientes judiciales, el artículo 305 del estatuto que gobierna los ritos civiles –aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, merced a la preceptiva de su artículo 145, claro que con la morigeración atinente a la facultad del juez laboral de única o de primera instancia de proferir decisiones extra o ultra petita- la sentencia debe guardar armonía o consonancia “con los hechos y las*

*pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.*

*De manera que la determinación de la congruencia o incongruencia tiene como parámetros de comparación: a) La sentencia enfrentada con las pretensiones y los hechos planteados en la demanda; y b) La sentencia confrontada con las excepciones, a condición de que aparezcan probadas y hubiesen sido propuestas, si así lo reclama la ley.*

*Es el cotejo de la sentencia con las pretensiones, al igual que con las excepciones, y los fundamentos fácticos de las unas y de las otras, lo que define si el pregón de incongruencia que se lanza sobre el fallo es fundado o no.*

*Simplemente, hay que mirar en la demanda las pretensiones –es decir, el bien o bienes jurídicos perseguidos por el demandante que, en virtud de la ley sustancial, le deben ser reconocidos por el demandado- y los hechos en que se soportan aquéllas –esto es, el sustento fáctico, la causa petendi-. Luego, examinar la sentencia para ver de establecer si respetó o no ese marco trazado en la demanda.*

*Igual contraste cabe realizar entre la demanda y las excepciones. Ese, se repite, es el sencillo ejercicio que debe hacerse. De tal suerte que cualquier otro elemento, factor o circunstancia no constituye un extremo de comparación, en el horizonte de establecer si la sentencia es congruente o no.*

*Al compás de lo expresado, el fallo gravado no incurrió en el vicio procesal de incongruencia que se le achaca, en la medida en que consultó las pretensiones y los hechos que registra la demandada introductoria del presente proceso.*

Cabe agregar, que el hecho de que el Tribunal para analizar la pretensión del retroactivo pensional y su eventual procedencia o denegación, se hubiese referido a la pérdida del derecho por contraer nuevas nupcias a la luz de la norma que consideró aplicable, no significa que hubiera transgredido el principio de congruencia, ya que si bien finalmente concluyó que para el periodo reclamado no había lugar jurídicamente a tal retroactivo, mantuvo el restablecimiento del derecho pensional, pero únicamente

por razón de haberse ordenado su pago por vía de tutela desde el mes de agosto de 2010.

2. El censor equivocó la senda del ataque, toda vez que el juez colegiado apoyó su decisión de negar el derecho al retroactivo pensional, principalmente en lo normado en el artículo 62 de la Ley 90 de 1946 y las sentencia de constitucionalidad C-309 del 11 de julio de 1996, concretamente en cuanto dispuso, «[...] *declaró inexecutable las expresiones “o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital” del artículo 2 de la ley 33 de 1993; o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital” del artículo 2 de la ley 12 de 1975; y “por pasar a nuevas nupcias o por iniciar nueva vida marital” del artículo 2 de la Ley 126 de 1985.*»

Providencia que en su parte motiva también puntualizó que, «[...] *En relación con las normas legales que no se mencionan en la parte resolutive y que consagren una condición análoga a la que contienen aquéllas, no se aplicarán los efectos de este fallo y, en consecuencia, deberán ser objeto de demandas independientes y sobre su constitucionalidad la Corte se pronunciará en cada caso [...]*»

De donde coligió el juzgador de alzada que podía inferirse inequívocamente, que mientras normas como la del artículo 62 de la Ley 90 de 1946, no sean objeto de demanda ante el juez constitucional, las mismas tienen atributo de constitucionalidad y, para casos concretos como el *sub examine*, continúan formando parte del sistema jurídico

positivo, para concluir en últimas, que el *a quo* se equivocó al condenar a la demandada «*a pagar a favor de la promotora de la Litis las mesadas dejadas de cancelar desde la fecha en que fue suspendido el pago de la pensión de sobrevivientes en el año 1980 hasta el mes de agosto de 2010, pues la demandante perdió su derecho pensional al contraer nuevas nupcias*».

En este orden, al ser jurídicas las conclusiones del Tribunal el ataque debió enderezarse por la vía directa o del puro derecho, por alguno de los conceptos de violación posibles por esta senda, esto es, infracción directa, interpretación errónea o aplicación indebida, pero en todo caso, no por la senda indirecta, que tiene por finalidad corregir los errores cometidos en la apreciación o falta de valoración de la prueba.

Sin embargo, no sobra señalar que esta Sala sobre la aplicación del artículo 62 de la Ley 90 de 1946, antes de la vigencia de la constitución de 1991, en sentencia CSJ SL 22 ag. 2012, rad. 44782, señaló:

*En esas condiciones, el Tribunal no podía aplicar el citado artículo 46 ibídem, ni el 12 de la Ley 797 de 2003, pues, se reitera, claramente indicó que la disposición vigente al momento del fallecimiento era el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, por virtud del cual “a las pensiones de viudedad y orfandad les será aplicable la disposición del artículo 55. El derecho a estas pensiones empezará desde el día del fallecimiento del asegurado y cesará con la muerte del beneficiario, sin acrecer las cuotas de los demás, o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias, reciba de otra persona lo necesario para su subsistencia, o cuando el huérfano cumpla catorce (14) años de edad o deje de ser inválido. Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión*

*reconocida” y era esta la convocada a regir el asunto.*

*Esa normativa, que se mantuvo con el artículo 2º de la Ley 33 de 1973, y que a la luz de la actual Constitución Política resulta en verdad discriminatoria, no tenía ese carácter cuando la cónyuge sobreviviente contrajo nuevas nupcias, en tanto la Carta Política de 1886 confería un especial contenido a la unión matrimonial.*

*Tal regulación supralegal en vigor por más de un siglo, aparejó unas evidentes consecuencias en el ordenamiento jurídico, que no pueden ser reprochadas hoy bajo un espectro social evidentemente disímil, como se aspira, bajo las garantías y la concepción de un Estado laico, y fue justamente ese aspecto el que abordó el juzgador cuando resolvió el debate, pues los artículos constitucionales que se enlistaron en el cargo vinieron a existir después de estructurado el derecho pensional, se repite, bajo un régimen constitucional diferente, que para ese momento era legítimo y no puede ser desconocido.*

*Bajo tales parámetros es que la sentencia C-309 de 1996 consideró que esas disposiciones atentaban contra la nueva concepción constitucional, y fue por ello que las apartó, dejando claro el efecto retroactivo únicamente hasta la entrada en vigor de la actual Constitución, pues no podía desligar que antes de su expedición tenían un contenido justificado. Así lo consideró:*

*“No duda la Corte que al entrar en vigencia la nueva Constitución, la disposición legal acusada que hacía perder a la viuda el derecho a la pensión sustituta por el hecho de contraer nuevas nupcias o conformar una nueva familia, se tornó abiertamente incompatible con sus dictados y, desde entonces, bien había podido ejercitarse la excepción de inconstitucionalidad. En efecto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a lo que se suma la facultad de conformar un nuevo núcleo familiar, se vulneran de manera meridiana, de conformidad con lo expuesto, por la anotada condición. El radio de la violación constitucional se amplía aún más cuando en 1993 se expide la ley 100, que elimina la susodicha condición, pero deja inalterada la situación que, por lo menos a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento constitucional, pugnaba con sus normas y principios. Ya se ha señalado cómo el nuevo régimen legal, en virtud de esta omisión, permite identificar nítidamente dos grupos de personas que, pese a encontrarse dentro de un mismo predicado material, son objeto un trato distinto carente de justificación objetiva y razonable.*

*“La causa de que al momento de promulgarse la Constitución Política, pueda afirmarse la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y que, más adelante, al expedirse la ley 100 de 1993, se hubiere configurado un claro quebrantamiento del derecho a la igualdad de trato, no puede dejar de asociarse a la norma demandada que, por lo tanto, deberá declararse inexecutable.*

*“A juicio de la Corte Constitucional, con el objeto de restablecer los derechos conculcados, se impone reconocer a la viudas, que a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política hubieren perdido el derecho a la pensión - actualmente denominada de sobrevivientes - por haber contraído nuevas nupcias o hecho vida marital, su derecho a recuperar la mesadas dejadas de pagar que se hubieren causado luego de notificada la presente sentencia”.*

Del mismo modo, la sentencia de la Corte Constitucional C-568-16 del 19 de octubre de 2016, por medio de la cual declaró inexecutable las expresiones *«o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias»* y *“Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá, en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión reconocida»* contenidas en el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, *«Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales»*, en su numeral segundo determinó:

[...]

*Las viudas y viudos que con posterioridad al siete (7) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991) hubieren contraído nuevas nupcias y por este motivo, perdieron el derecho a la pensión de que trata el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, podrán, como consecuencia de esta providencia, y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales vulnerados, reclamar a las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta sentencia. (Subraya la Sala).*

De lo que viene de decirse resulta claro, que la inconstitucionalidad de la norma que regía para el momento del fallecimiento del primer cónyuge de la demandante, solo favorece a quienes hubieren contraído nuevas nupcias con posterioridad al 7 de julio de 1991, lo cual no es caso de la

actora, quien se unió en nuevo vínculo matrimonial el 30 de julio de 1980, por manera que, en definitiva, no le asiste el derecho al retroactivo pensional que se reclama a través de la presente acción judicial.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo de la recurrente demandante, por cuanto la acusación no tuvo éxito y hubo réplica. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$3.500.000, que se incluirán en la liquidación que realice el juez de primera instancia con arreglo a lo dispuesto en el art. 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 dictada el 30 de abril de 2012, por la Sala de Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARMEN ELISA LOFFNER DE SÁNCHEZ** contra **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS**.

Costas como quedó dicho en la parte considerativa de este proveído.

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

**MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO**

**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**ERNESTO FORERO VARGAS**