



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral



JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Magistrado ponente

SL5664-2018

Radicación n.º 54585

Acta 41

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el señor **GONZALO DE JESÚS AGUDELO PULGARÍN**, en nombre propio y representación de su hijo menor **G. A. A.**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 15 de julio de 2011, en el proceso que adelanta en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Gonzalo de Jesús Agudelo Pulgarín en nombre propio y en representación de su hijo menor G.A.A., llamó a juicio a la mencionada AFP, con el fin de que se le reconozca la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de marzo de 2004, por la muerte de su cónyuge y madre, respectivamente.

Fundamentó sus peticiones en que la señora Bertha Cecilia Arias laboró para la empresa C.I. INDEX S.A. entre el 28 de enero de 2002 y el 25 de marzo de 2004, fecha en la que falleció en forma violenta; que el 15 de septiembre de 2004 solicitó al fondo accionado la pensión de sobrevivientes, en su condición de cónyuge y en representación de sus hijos G. A.A. menor de edad, y de Jonathan Agudelo Arias; que el 8 de noviembre de 2004, la accionada negó el reconocimiento de la pensión porque la causante no acreditó los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003, artículo 12, específicamente en lo que hace relación al requisito de fidelidad. (Fº 1 a 5).

Al dar respuesta a la demanda, la accionada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó que el 25 de marzo de 2004 murió la señora Bertha Cecilia Arias; la negativa a reconocer la pensión de sobrevivientes porque la afiliada no cumplió el requisito de fidelidad; que la referida señora cotizó al ISS 98,57 semanas hasta el 10 de mayo de 2002, fecha en la que se trasladó a la AFP Protección S.A., en el que aportó 92 semanas, para un total de 190.57. Los demás los negó. Propuso como

excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, devolución de saldos, buena fe y prescripción. (Fº. 126 a 137).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Adjunto al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante sentencia del 23 de marzo de 2010, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación oportunamente formulada por la demandada.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de todos y cada uno de los cargos formulados en su contra por el señor GONZALO DE JESÚS AGUDELO PULGARÍN.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio....

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte demandante, el tribunal mediante sentencia del 15 de julio de 2011, confirmó la providencia apelada.

En los argumentos que expuso para su decisión, mencionó que la señora Bertha Cecilia Arias falleció el 25 de marzo de 2004, por lo que los requisitos de la pensión de sobrevivientes son los previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 12 de la Ley 797 de 2003. Agregó que el tema de la condición más beneficiosa sobre

pensiones causadas en vigencia de la Ley 860 de 2003, fue explicado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia no. 33185 del 27 de agosto de 2008, de la cual transcribe apartes, para concluir que *«...vemos como actualmente no es posible conceder la pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio constitucional de la Condición más Beneficiosa, a personas que fallecen en vigencia de la Ley 860 de 2003, esto es, a partir del 26 de diciembre de 2003, fecha en que inició su vigencia, motivo por el cual se debe concluir que los demandantes no tienen derecho al reconocimiento y pago de su pensión de sobrevivientes.*

Por lo anterior, es claro como la parte actora no puede pretender que se le conceda la pensión de sobrevivientes, aplicando normatividad anterior a la que corresponde, atendiendo a la fecha de causación del derecho, es decir, no puede buscar que se le aplique la Ley 100 de 1993, porque es claro como este caso no se puede ventilar bajo la referida normatividad, sino bajo lo establecido por la Ley 797 de 2003, no siendo procedente modificar la decisión.»

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver, cuyo texto literal es el siguiente:

«...interpongo el recurso extraordinario de casación a la sentencia nro. 266 del 15 de julio de 2011, que confirmó la sentencia nro. 46 emitida por el JUZGADO SEGUNDO ADJUNTO DEL JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO ABSOLVIENDO a la parte demandada, por cuanto la asegurada fallecida no cumplió con los requisitos de la fidelidad en la cotización del 20% del tiempo de cotización entre los 20 años de edad y la fecha de fallecimiento, no obstante cumplir con más de las 50 semanas cotizadas en los últimos tres años de acuerdo con el artículo 12 de la ley 797 de 2003.

Lo anterior por cuanto respetando la decisión de su señoría, no la comparto por lo siguiente ya que considero que la asegurada fallecida sí dejó (sic) prestación económica para otorgar.

En las consideraciones dadas por el juzgador de segunda instancia, no tuvo en cuenta que los empleadores con los cuales laboro (sic) la asegurada fallecida en vida estaban en mora y por esta circunstancia no pudo cumplir con la fidelidad de cotización del 20% entre los 20 años y la fecha de fallecimiento. En su decisión solo sostuvo que la aseguradora no cumplía con uno de los requisitos exigidos en el artículo 12 de la Ley 712 (sic) de 2003.

En el recurso de apelación se insistió en la revisión de la historia laboral que reposan en el expediente y en ella se evidencia la siguiente mora por parte de un empleador así:

<i>La asegurada nació en</i>	<i>1965 06 11</i>
<i>Los 20 años los cumplió</i>	<i>1985 06 11</i>
<i>1985 06 11 a 1985 06 30</i>	<i>19 días</i>
<i>1985 07 01 1985 12 30</i>	<i>180 días</i>
<i>1986 01 01 2003 12 30</i>	<i>18 años</i>
<i>260 días por 18 años</i>	<i>6480 días</i>
<i>2004 01 01 2004 03 25</i>	<i>85 días</i>
<i>Total 6764 días por 20% igual</i>	<i>1.352,80 días,</i>
<i>1552,80 días dividido 7 es igual a</i>	<i>193,257 semanas</i>

B. LA ASEGURADA COTIZÓ ANTES DEL FALLECIMIENTO DESPUÉS DE LOS 20 AÑOS ASÍ:

Con las siguientes empresas

Marisol Osorio o GURI GURI PATRONAL 020182122936 (434495108)

<i>1995 06 01</i>	<i>1995 06 30</i>	<i>30</i>
<i>1995 07 01</i>	<i>1995 07 30</i>	<i>30</i>
<i>1995 08 01</i>	<i>1995 08 30</i>	<i>30</i>
<i>1995 09 01</i>	<i>1995 09 30</i>	<i>30</i>
<i>1995 10 01</i>	<i>1995 10 30</i>	<i>30</i>
		<i>-----</i>
		<i>150</i>

1995 11 01 - 1995 12 30, 60 días en estos dos periodos no aparece novedad de retiro, tampoco aparece mora por parte del ISS.

1996 0101 - 1996 01 30 en este periodo no aparece novedad de retiro, tampoco aparece mora por parte del ISS.

1996 02 01 - 1996 12 30 330 días.

1997 01 01 - 1997 03 30 90 días y con la novedad de retiro.

Total días de vinculación y cotización con la misma empresa
Marisol Osorio de 660 días.

Con la empresa Guillermo Giraldo patronal 000716648985 aparece con vinculación y con un día de cotización a pensión de 1813 pesos y no existe ninguna novedad de retiro.

Nuevamente de una vinculación laboral con la empresa IDEX S.A. así 2002 01 cancelaron sobre un IBC de 31175 pesos para un aporte de 4262 que corresponde a \$1039 pesos por día por los días cotizados fueron cuatro días.

2002 01 28	2002 01 3	4
2002 02 28	2002 12 30	330 días
2003 01 01	2003 12 30	360 días
2004 01 01	2004 03 25	85 días

Total con esta empresa 779 días

El juez de segunda instancia no tuvo en cuenta, que la asegurada fallecida estuvo vinculada con la empresa MARISOL OSORIO Y/O GURI GURI PATRONAL 02 0182122936 (434495108) entre 1995 06 01 hasta 1997 01 01 y durante ese lapso de tiempo laborado en esta empresa no le cotizó los meses 1995 11, 1995 12, 1996 01, correspondiente a 90 días,

La seguridad social tiene su sustento en el artículo 48 de la Constitución Política y en la Ley 100 de 1993, como derecho inherente al ser humano, y por consiguiente, con la garantía para éste de protección y amparo frente a las posibles contingencias que puedan afectarlo junto con su núcleo familiar, derivadas de la prestación de un servicio de ejecución de una relación laboral independiente o sencillamente del amparo previsto para quienes se aplica el régimen subsidiado, entre otros. De allí, la efectiva acción del legislador, para procurar la realización de los fines del

régimen de la Seguridad Social y para cubrir aquellas contingencias, como la enfermedad, la invalidez, la vejez y la muerte.

Y entendido el derecho a la Seguridad Social, dentro de esa especial categoría, sobre los principios que la inspiran, vale decir, la eficiencia, la integralidad, la universalidad, y la solidaridad, y sin duda que no podría truncársele a una persona el derecho a obtener la pensión de sobreviviente sino se le tuvieran en cuenta todas las semanas cotizadas en los dos regímenes pensionales por el afiliado para dejar consolidado su derecho, de conformidad con el artículo 13 literales f y g de la ley 100 de 1993.

La mora a cargo de los empleadores, cuya obligación patronal es el estar al día con las cotizaciones, esta mora no puede cargarse como sanción al trabajador y menos a su beneficiario reclamantes, existe jurisprudencia al respecto, pues es obligación de las administradoras de pensiones realizar los respectivos cobros coactivos y aplicar las sanciones a los empleadores que no cumplen con la obligación.

Las circunstancias de la mora del empleador están contempladas en la Ley, que crea los mecanismos para su cobro y sanción, artículos 22, 23 y 24, 46, 47, 50, 73, 74, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993 y el (sic) artículos 2, 5 del Decreto 2633 de 1994, Decreto 1642 de 1995, artículo 12 del Decreto 2665 de 1988, 2 del Decreto 2633 de 1994, 46 y 47, 50, 142 de la Ley 100 de 1993, artículos 42, 28 y 53 de la Constitución Nacional.

En total después de los 20 años de edad hasta la fecha de fallecimiento, la asegurada laboró a través de estas empresas 1444 días, es decir sobrepasa el 20% de la fidelidad exigida, así como la fidelidad del 20% a 1352 días, ya que los días laborados entre cotizados y los días en mora por culpa del empleador y de la administradora de pensiones es de 1444 días entre los 20 años cumplidos y la fecha de fallecimiento.

Y días cotizados, sin tener en cuenta la mora entre los 20 años y la fecha de fallecimiento fue de 1350 días que dividido 7 es igual 192,857 y se exigió (sic) la fidelidad 196,06 semanas. Así fue manifestado en la respuesta de la solicitud de la prestación económica.

Cuando la AFP demandada recibió el bono pensional que financiará cualquier incontingencia (sic) de IVM, debió revisar esta

y establecer la reclamación ante la anterior administradora o tomar las medidas respectivas, (artículo 2º del Decreto 2633 de 1994 que permite que la obligación de los empleadores morosos se ejecute con un título ejecutivo), sobre el empleador MARISOL OSORIO Y, O GURI GURI, sobre las cotizaciones de los ciclos o meses de noviembre y diciembre de 1995 y enero de 1996, ya que no aparecía novedad de retiro anterior y proceder a su requerimiento por escrito de estos meses, para establecer su morosidad o hacer efectiva estas en esos meses, tal como se observa en la historia laboral folio (sic), existe un término para que el empleador supuestamente en mora de respuesta y sino la entidad administradora de pensiones debe realizar el cobro coactivo ante la justicia ordinaria

De donde resulta injusto el fallo de primera y segunda instancia porque el asegurado es un tercero en la relación recaudo-cobro-pago de los aportes a la Seguridad Social, y más los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, al perjudicarlos con una mora en la que no participó y participaron los beneficiarios; al condenar a los terceros a sufrir las consecuencias de la conducta negligente de la administradora a no cobrar las respectivas cotizaciones, por las consecuencias que tiene para los afiliados.

Es entonces lógico y jurídico, que las consecuencias deben surtirse contra los directamente responsables del pago del aporte contra el empleador por no pagar y contra la administradora de pensiones por no ejercitar a tiempo las acciones de cobro respectivo, para que sus afiliados y beneficiarios tengan derecho a las prestaciones que el Sistema de Seguridad Social como afiliados en caso de presentarse alguna de las in contingencias (sic) de invalidez vejez y muerte les garantiza, en el momento en que se causen, con la connotación de irrenunciables (Art. 48 C.N. Artículos 2, 3, 6 y 10 Ley 100 de 1993)

Por lo anterior pretendo acusar la sentencia por vía directa por interpretación errónea y se absuelva de la condena de costas.”

V. RÉPLICA

Manifiesta que la prosperidad del cargo está condicionada al cumplimiento por parte del recurrente del rigor técnico que rige el recurso de casación.

Agrega que el impugnante no presenta un verdadero alcance de la impugnación. Transcribe apartes de las sentencias con radicaciones nos. 36387 del 5 de abril de 2011, 46034 del 24 de enero de 2012 y 44069 del 12 de marzo de 2014.

Dice que la demanda de casación desconoce lo dispuesto en el artículo 90, numeral 5º, literal a) del Código Procesal del Trabajo y 51 numeral 1º del Decreto 2651 de 1991, en cuanto a que carece de proposición jurídica porque *«a pesar de que dentro del enmarañado desarrollo del cargo se mencionaron numerosos preceptos en ningún caso se indicó la modalidad de la violación de la norma en la que pudo haber incurrido el tribunal.»* Copia apartes de las sentencias con radicaciones nos. 37461 del 9 de marzo de 2010 y 44069 del 12 de marzo de 2014.

Expresa que tampoco el recurrente definió la senda seleccionada para el ataque. Expone que: *«Así, es sabido que cuando la arremetida se emprende por la vía indirecta, acatando los principios rectores de la técnica de casación, el impugnante está obligado tanto a eximirse de reflexiones de carácter jurídico como a señalar los presuntos yerros fácticos que pudo cometer el Tribunal como consecuencia de la errónea o nula apreciación de las pruebas allegadas al expediente, cuya discriminación también ha de (sic) efectuar, debiendo orientar sus argumentos a la demostración de la existencia de tales errores de hecho, siempre dentro de los parámetros impuestos por los artículos 60 del Decreto 528 de 1964 y 90, numeral 5º, literal b), del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con lo contemplado por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.»* De la misma manera afirma que si el ataque es por el camino del derecho, debe aceptar las

conclusiones probatorias del juez colegiado, y que el censor *«entremezcló tesis de estirpe probatoria con razonamientos con claro origen jurídico.»* Transcribió segmentos de la sentencia con radicación no. 41416 del 29 de junio de 2011.

Afirma que no existe prueba en el expediente que muestre la mora de los empleadores de la demandante, razón por la cual se trata de un nuevo medio de casación.

Finalmente dice que de casarse el fallo acusado, no procede la condena por intereses moratorios porque para el momento en que la entidad negó la prestación, lo hizo amparada en las normas vigentes. Replicó apartes de la sentencia radicación no. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

VI. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Corte, ahora en este asunto, resaltar que la demanda de casación debe someterse al rigor que las reglas de la técnica exige para que sea posible su estudio. Sobre estos imperativos, esta Sala ha dicho que *«la demanda de casación debe ajustarse a los requisitos de técnica previstos en las normas procesales que la regulan, a fin de que se pueda estudiar de fondo; esos requerimientos de técnica no constituyen un culto a la forma, sino que son ingredientes jurídico-lógicos de la racionalidad del recurso, que estructuran el debido proceso, por lo que no se pueden soslayar, toda vez que tal situación puede conducir a que el recurso extraordinario resulte infructuoso.»* (CSJ SL 17 de feb. de 2009, Rad. 29703).

El escrito que obra a Fls. 227 a 230 del cuaderno del tribunal que presenta el recurrente, no señala el alcance de

la impugnación, por cuanto no le dice a la Corte qué debe hacer con la sentencia de segunda instancia, esto es, si casar total o parcialmente el fallo del tribunal, ni tampoco precisa qué pretende en sede de instancia, si revocar, modificar o confirmar el de primer grado. La única cita que hace a las sentencias proferidas en las instancias, reposa en la parte final cuando dice «*resulta injusto el fallo de primera y segunda instancia*».

Vale mencionar que el literal a) del numeral 5º del artículo 90 del CPT y SS, señala como uno de sus requisitos formales que debe contener la demanda de casación, el precepto legal sustantivo de orden nacional que se estime violado, y el concepto de la violación, si directamente, por infracción directa por aplicación indebida o por interpretación errónea. También exige que cuando se estime que la vulneración de la ley ocurre como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, se citará éstas singularizándolas y expresará qué clase de error se cometió.

El censor, relaciona las normas sustanciales que dice fueron ignoradas por el tribunal y en la parte final de manera muy escueta manifiesta que acusa *la sentencia por vía directa por interpretación errónea.*», lo cual resulta ilógico porque una disposición normativa no puede ser ignorada y al mismo tiempo interpretada erróneamente. Además en el farragoso contenido del escrito que presentó el recurrente que denominó «*interposición del recurso extraordinario de casación*», se observa que los argumentos que expone para acusar al

fallador de segundo grado, es por la falta de apreciación de las pruebas que demuestran que la causante sí tenía el número de semanas que acreditaba el requisito de fidelidad.

Pese a las falencias técnicas de las que adolece la demanda extraordinaria de casación, la Sala logra extraer de su contenido, que el reparo de fondo que le hace al tribunal, es de orden fáctico porque no valoró la historia laboral de la causante a fin de concretar el cómputo final de semanas prueba que demuestra que aportó al Sistema General de Pensiones, el tiempo necesario para cumplir con el requisito de fidelidad exigido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

La anterior conclusión tiene respaldo porque el recurrente en uno de los apartes de la demanda dice: *«el juzgador de segunda instancia, no tuvo en cuenta que los empleadores con los cuales laboro (sic) la asegurada fallecida en vida estaban en mora y por esta circunstancia no pudo cumplir con la fidelidad de cotización del 20% entre los 20 años y la fecha de fallecimiento. En su decisión solo sostuvo que la asegurada no cumplía con uno de los requisitos exigidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.»* Además a lo largo del escrito relaciona quiénes fueron los empleadores de la causante y qué periodos en apariencia se encuentran en mora.

Entonces, la Sala entiende que la senda escogida por el recurrente es la vía indirecta por aplicación indebida del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, lo que implica que de asistirle el derecho a la parte demandante, la Corte debe casar en forma total la sentencia del tribunal y en sede de instancia revocar el fallo de primer grado, y en su lugar

condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

No fue objeto de controversia en este asunto, que la señora Bertha Cecilia Arias (q.e.p.d.), estuvo afiliada al fondo demandado y que allí cotizó 92 semanas y que se registran unos aportes al Instituto de Seguro Social correspondientes a 98,57 semanas, pues así lo acepta la accionada en la respuesta al hecho quinto de la demanda (Fl. 129); tampoco que falleció el 25 de marzo de 2004.

Lo que discute el censor es que existen empleadores que no aportaron por la totalidad del tiempo en que la afiliada laboró y por ello no cumple el número de semanas exigido para acreditar el requisito de fidelidad consagrado en el artículo 12 de la Ley 712 de 2003, condición esta que fue la que soportó la negativa del fondo demandado para no reconocer la prestación que acá se reclama.

Por su parte, la sentencia confutada luego de transcribir el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 en su versión original, dijo: *«Los requerimientos de semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la muerte, al igual que la fidelidad para con el Sistema no fueron satisfechas por la afiliada fallecida, pues contaba con 190,57 semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de muerte, y la exigencia de la ley es de 196,06 semanas de cotización.»*

El referido artículo en su versión original a la letra dice:

Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) Muerte causa por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha de fallecimiento.

Preciso es recordar con relación al requisito de fidelidad, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional con la sentencia C-556 de 2009, y en casos como el presente, en los que el deceso de la afiliada ocurrió antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, esta Sala ha precisado de manera reiterada que es viable su inaplicación por resultar contrario al principio de progresividad y no regresividad, previsto en la Constitución Política. Así se ha dicho, entre muchas otras sentencias, en la SL779-2018, radicación n.º 63525 del 21 de febrero de 2018, en la cual se dijo:

...respecto al requisito de fidelidad al sistema de pensiones, esta Corte mediante sentencias CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832 y CSJ SL, 10 jul. 2010, rad. 42423 (pensión de invalidez), CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 42540 y CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 42501 (pensión de sobrevivientes), cambió su criterio para señalar que el requisito de fidelidad incorporado en las reformas pensionales del sistema general de pensiones (Ley 797 y Ley 860 de 2003), impuso una evidente condición regresiva en relación con lo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, los

juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicar esa exigencia, por resultar abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la Carta Política, especialmente con el principio de progresividad y no regresividad. Así lo señaló, entre otras, en sentencia CSJ SL3594-2014:

(...) la Corporación en el pasado, exigió en relación con la pensión de invalidez, el cumplimiento del porcentaje de fidelidad de cotizaciones al sistema durante el lapso en que tuvo vigor ese requisito, esto es entre la entrada en vigencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y la sentencia que lo declaró parcialmente inexecutable, la C-428 de 2009, con apoyo en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, en cuanto el juez constitucional en la parte resolutive no previó que esa decisión tuviese efectos retroactivos. Al no haber modulado la Corte Constitucional los efectos del fallo al realizar el control abstracto, se entendió que durante el periodo en que tuvo vigor la exigencia de fidelidad de cotizaciones al sistema, estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad y su aplicación en ese interregno resultaba obligatoria.

No obstante lo anterior, la nueva composición de la Sala, por mayoría de sus miembros, 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 inexecutable 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 inexequibilidad, 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.

Esto es, no se trata de darle efectos retroactivos a la decisión de inexequibilidad mencionada, sino de inaplicar el requisito de fidelidad por su evidente contradicción con el principio constitucional de progresividad que rige en materia de seguridad social. (subraya fuera del texto original).

Se precisa que tal decisión no implica darle retroactividad a la sentencia CC C-556 de 2009, sino más bien, constituye una expresión del deber de los jueces de inaplicar en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 C.P.), las normas legales que sean manifiestamente contrarias e incompatibles con el marco axiológico de la Constitución Política.

De otra parte, aduce el opositor que la demanda de casación además de las falencias técnicas que ya esta Sala refirió, que por demás no logran desestimar el cargo que: «el impugnante concentró sus inútiles esfuerzos en inventar que hubo una serie de periodos dejados de cotizar por los diversos empleadores de la causante y como consecuencia de la mora patronal y de la falta de gestión de cobranza por parte de la Administradora fue que no se cumplió con las exigencias legales para que él y su hijo pudieran acceder a la pensión deprecada.

Al respecto hasta con decir que, por un lado no existe prueba alguna dentro del expediente que indique que realmente hubo aportes dejados de hacer por parte de los patronos Arias y, por otro lado, aun si en gracia de discusión se aceptara que ello pudiera tener algún viso de verdad (lo que, por supuesto, no se acepta) sería un argumento que no

se debatió en el curso del proceso y, por ende, se trataría de un inadmisibile e inane nuevo medio en casación que, para más veras, sólo se podría esgrimir hipotéticamente contra el ISS, que era la entidad a la cual estaba afiliada la causante en las fechas en que se produjeron los imaginarios incumplimientos de los empleadores (Fs 48 a 50 y 18 c1), pero no contra Protección S.A., quien por demás, no podrá ser obligada a lo imposible.»

Le asiste razón al replicante en cuanto a que en el proceso no existe prueba de la mora de los empleadores que refiere el recurrente Marisol Osorio y/o GURI GURI y Guillermo Giraldo, no así en cuanto a que se trata de un medio nuevo en casación, por cuanto si bien se menciona el incumplimiento de unos empleadores, también lo es que jamás se discutió que a través del empleador C.I. Index S.A. aportó al fondo de pensiones demandado por el periodo comprendido entre el 28 de enero de 2002 al 25 de marzo de 2004, los aportes necesarios para que la trabajadora fallecida cumpliera el requisito de las 50 semanas aportadas en los tres años anteriores al deceso.

Tan cierto es lo anterior, que la accionada al dar respuesta al hecho séptimo de la demanda, dijo: *«Es cierto, la afiliada fallecida cotizó al Instituto del Seguro Social un total de 98,57 semanas hasta el 10 de mayo de 2002, fecha en la que se realizó el traslado de régimen a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en la cual acumuló hasta el 25 de marzo de 2004 un total de 92 semanas. Para sumar en su totalidad 190,57 semanas cotizadas.»*

En consecuencia, y sin que sean necesarias más consideraciones, se concluye que el tribunal incurrió en el yerro fáctico que se le endilga al no conceder la pensión de

sobrevivientes a la parte demandante, pues su decisión es contraria al actual criterio de esta Sala, y en estas condiciones, el cargo resulta fundado, por lo que se casará la sentencia.

Para mejor proveer, por Secretaría de la Sala, oficiase a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, para que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta decisión, remita con destino a este proceso, la relación de los salarios con que el empleador **C.I.INDEX S.A** cotizó al sistema general de pensiones por la señora **BERTA CECILIA ARIAS (Q.E.P.D.)**.

No se impondrán costas en el recurso extraordinario dada su prosperidad.

VII. 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, **CASA** la sentencia dictada por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 15 de julio de 2011, dentro del proceso ordinario seguido por **GONZALO DE JESÚS AGUDELO PULGARÍN**, en nombre propio y representación de su hijo menor **G.A.A.**, en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. PROTECCIÓN S.A.**

Para mejor proveer, por Secretaría de la Sala, oficiase a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, para que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta decisión, remita con destino a este proceso, la relación de los salarios con que el empleador **C.I.INDEX S.A** cotizó al sistema general de pensiones por la señora **BERTHA CECILIA ARIAS (Q.E.P.D.)**.

Costas como se enunció en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase.

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN