Radicación Nro.	:	66001-31-05-002-2008-00153-01
Proceso	:	ORDINARIO LABORAL
Demandante	:	FABIOLA HERNÁNDEZ CALDERÓN
Demandado	:	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS
Juzgado de Origen	:	Cuarto Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda)
Providencia	:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema	:	**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA CUANDO EL OBLIGADO A RECONOCERLA ES UN FONDO PRIVADO:** El derecho a disfrutar de la pensión de sobrevivientes bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, no se pierde por el sólo hecho de que el afiliado se haya trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

ACTA No. 00015

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

En Pereira (Risaralda), a los once (11) días del mes de febrero del año dos mil diez (2010), siendo las cinco y quince minutos de la tarde (05:15 p.m.), fecha y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente diligencia, se reunieron los señores Magistrados que integran la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, excepto el Magistrado Hernán Mejía quien se declaró impedido para conocer de todos los procesos donde sea parte el Instituto de Seguros Sociales y se le aceptó. En asocio del señor Secretario *Ad-hoc* Javier Andrés Roa López, se declara abierto el acto y la Sala se constituye en Audiencia Pública en el presente proceso Ordinario Laboral instaurado por la señora **FABIOLA HERNÁNDEZ CALDERÓN** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

En sesión previa que se hizo constar en la mencionada acta, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó la Magistrada Ponente, el cual alude a la siguiente:

S E N T E N C I A:

Pasa la Sala a desatar la alzada incoada contra la sentencia emitida el 18 de

septiembre de 2009 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), dentro del proceso Ordinario Laboral reseñado en la referencia.

I. LA DEMANDA

1. Pretensiones:

Que se declare que la señora Fabiola Hernández Calderón tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su compañero permanente Carlos Alberto Grisales, en aplicación del Principio de la Condición más Beneficiosa.

Que se declare la nulidad del traslado del causante a la AFP BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y que por lo tanto, la entidad encargada del reconocimiento de la pensión es el Instituto de Seguros Sociales, en consecuencia, se le condene al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, a partir del 27 de agosto de 2004, fecha en que falleció el señor Carlos Alberto Grisales Bastidas, incluyendo los incrementos de ley, las mesadas adicionales, intereses moratorios, la indexación de las condenas y las costas y agencias en derecho.

2. Hechos Relevantes:

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

La accionante a través de representante judicial, manifiesta que fue la compañera permanente del señor Carlos Alberto Grisales Bastidas, desde el 1° de agosto de 1986 y hasta el 27 de agosto de 2004, fecha de su fallecimiento, lapso dentro del cual procrearon un hijo que en la actualidad es mayor de edad.

Que a la fecha del fallecimiento, su compañero permanente no se encontraba cotizando al sistema pensional, no obstante, laboró ante la Universidad del Quindío, entidad que realizó aportes ante el Instituto de Seguros Sociales por un total de 321 semanas.

Que se traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, pero que en este último no realizó cotizaciones.

Que el 21 de diciembre de 2004, solicitó ante el ISS el reconocimiento de la pensión, quien manifestó que registraba multivinculación con la AFP Horizonte, inconsistencia que fue superada mediante comité realizado por las dos entidades el 2 de noviembre de 2005, donde se determinó que la solicitud de pensión era competencia de la AFP.

Definido lo anterior, la AFP Horizonte negó la prestación a la accionante, aduciendo incumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003, esto es, no cumplir 50 semanas de cotización en los tres años anteriores al fallecimiento y la fidelidad al sistema.

Que no entiende por qué se definió que el fondo privado era el encargado de resolver su solicitud pensional, si ante esa entidad el causante no efectuó ninguna cotización, es decir, que el traslado no se consolidó y debe tenerse como nulo.

Que es cierto que el causante no cumple los requisitos de la Ley 797 de 2003, pero que sí cumple con los establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, para acceder a esta prestación, por lo que debe acudirse a él, en aplicación del Principio de la Condición más Beneficiosa, el cual es aplicable tanto para los afiliados al ISS como a los fondos privados.

Que con la negativa de las demandadas al pago de la pensión, se le están violando sus derechos fundamentales, dejándola completamente desprotegida.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Dentro del término legal otorgado para tal efecto, las demandadas allegaron escrito en los siguientes términos:

AFP BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS:

Admite algunos de los hechos relatados en la demanda y manifiesta que no le constan los relacionados con la esfera personal del causante, los cuales deberán ser probados en el decurso del proceso. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y excepcionó "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, AUSENCIA DE DERECHO SUSTANTIVO, Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA", "BUENA FE", "PRESCRIPCIÓN", "COMPENSACIÓN" y "INNOMINADA o GENÉRICA".

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES:

Admite algunos de los hechos relatados en la demanda y manifiesta que no le constan otros tantos, los cuales deberán ser probados en el decurso del proceso. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y excepcionó "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA", "EL ISS NO ES EL LLAMADO A PAGAR LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES", "PRESCRIPCIÓN" e "IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE INTERESES DE MORA".

III. LA SENTENCIA APELADA

Clausurado el debate probatorio la juez de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de la sentencia objeto de censura en la que resolvió condenar a la AFP BBVA al reconocimiento y pago a partir del 27 de agosto de 2004, de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Fabiola Hernández Calderón, con motivo del fallecimiento de su compañero permanente; declaró no probadas las excepciones presentadas, excepto la que el Instituto de Seguros Sociales denominó "El ISS no es el llamado a pagar la pensión de invalidez".

Para arribar a la anterior determinación, expresó que de acuerdo a la fecha de fallecimiento del señor Carlos Alberto Grisales Bastidas acaecido el 27 de agosto de 2004, la norma aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada por la demandante, es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, frente a la cual no logra acreditar los requisitos, toda vez que dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento no había realizado cotizaciones al sistema pensional.

No obstante lo anterior, determinó que era posible en aplicación del Principio de la Condición más Beneficiosa *–como lo solicitó la demandante-* aplicar el Acuerdo 049 de 1990, concluyendo que bajo esta normatividad sí se había dejado causado el derecho a favor de los posibles beneficiarios.

Determinada la viabilidad del reconocimiento de la pensión en aplicación del Acuerdo 049/90, expresó que la demandante había demostrado la calidad de compañera permanente del señor Grisales Bastidas y por lo tanto, la calidad de beneficiaria de la prestación.

Finalmente manifestó que era responsabilidad de la AFP BBVA, reconocer y

pagar el derecho deprecado por la demandante y no el ISS, por lo que declaró la prosperidad de la excepción denominada "El ISS no es el llamado a pagar la pensión de sobrevivientes".

V. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con lo decidido la entidad demandada presentó recurso de apelación contra la decisión de primer grado aduciendo que en el presente caso, no es posible dar aplicación al Principio de la Condición más Beneficiosa, porque con él se busca la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, que fue expedido por el Consejo Directivo del ISS, es decir, que el cumplimiento de los requisitos se logró por las cotizaciones efectuadas ante esa entidad, situación que impide su aplicación tratándose de fondos privados, como es su caso.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos Procesales:

Sirve la revisión del informativo para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

2. Problema jurídico por resolver:

El asunto bajo estudio plantea a la Sala los siguientes problemas jurídicos:

a. ¿Es posible en aplicación del Principio de la Condición más Beneficiosa, acudir al Acuerdo 049 de 1990, a efectos de reconocer una pensión de sobrevivientes, cuando el obligado a reconocerla es un fondo privado, como lo es la AFP BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías?

Se encuentra plenamente acreditado el deceso del señor CARLOS ALBERTO GRISALES, la calidad de beneficiaria de la demandante y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder al derecho a la sustitución pensional, en reemplazo de la Ley 797 de 2003, bajo la cual no acreditaba la totalidad de requisitos para alcanzar ese derecho.

De acuerdo con lo anterior, el único punto de discrepancia es el relacionado con la viabilidad de la aplicación del Principio de la Condición más Beneficiosa para acudir al citado Acuerdo, cuando el obligado a reconocer la prestación es uno de los fondos creados con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Este tema de discusión ha sido ampliamente analizado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia[1] , concluyendo que el derecho a disfrutar de la pensión de sobrevivientes bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, no se pierde por el sólo hecho de que el afiliado se haya trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así por ejemplo ha dicho la Corte[2]:

> "Lo anterior permite inferir que el Tribunal no incurrió en el yerro jurídico que le imputa el fondo recurrente en el segundo cargo, en virtud de que **el causante aportó, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, un considerable número de semanas al sistema de seguridad social, lo que permite a quien en vida fue su compañera permanente, y a sus hijos menores, acceder a la pensión deprecada en los términos y condiciones establecidos por los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, al poseer aquél más de 300 semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales para el momento de entrada en vigor de la nueva Ley de Seguridad Social**, porque las prerrogativas de sus derechohabientes no quedaron abolidas por la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana en el año anterior a su fallecimiento, como lo ha explicado la Corte de manera reiterada, entre otras en la sentencia que citó en apoyo el Tribunal, en aplicación de los principios de equidad, proporcionalidad y condición más beneficiosa y al interpretar el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. (Negrilla para resaltar)
>
> **Y ese derecho a gozar de la pensión de sobrevivientes de origen común no se pierde porque dicho asegurado se hubiere traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, pues lo fundamental es el cumplimiento de las exigencias anteriores a la Ley 100 de 1993 en lo referente a la densidad de semanas cotizadas**, tal como lo ha dejado sentado esta Sala de Casación Laboral en numerosas ocasiones, de la que es ejemplo la sentencia del 5 de septiembre de 2001, radicación 15667, en la que al considerar un asunto de similares características al que ahora ocupa su atención se dijo lo siguiente:
> "Empero, lo hasta aquí puntualizado no obsta para que la Corte precise que el criterio jurisprudencial que se transcribe en el fallo recurrido y al

---

[1] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Radicado 15667 del 05 de septiembre de 2001.
[2] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Rad. 27367, Acta N° 076 del 9 de noviembre de 2006. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Rad. 31990 del 19 de Febrero de 2008. M.P. Luis Javier Osorio López.

que acudió el Tribunal para la solución de la controversia, expuesto en la sentencia del 13 de agosto de 1997, radicación No. 9758, para el caso de un afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida, es extensivo, como aquí ocurre, al afiliado al régimen de Ahorro individual con solidaridad."

"**Así se asevera porque tal criterio, además de tener sustento en el artículo 53 de la Constitución Nacional, también está fundado en los parágrafos f) y g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y el primeramente citado dispone: "Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio."** (Negrilla para resaltar)

"Por lo tanto, siendo claro que el parágrafo trascrito se refiere a los dos regímenes, es obvio también entender que las razones que expone la Corte para sostener que cumplidas las cotizaciones para el ISS que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 confieren el derecho a obtener la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida y con sujeción a lo previsto por los artículos 6º y 25 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 0758 del mismo año, son válidas y extensivas para otorgar igual derecho a un afiliado al régimen de Ahorro individual con solidaridad; máxime cuando se sabe que las cotizaciones que en este caso dan lugar al derecho a tal prestación social pasan al fondo respectivo representada en los llamados bonos pensionales, los que, al tenor del artículo 115 de la ley 100 de 1993, "constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones".

"De modo, pues, que las regulaciones diferentes, que no desconoce la Sala tienen los dos regímenes que en pensiones componen el sistema general que en esa materia consagra la ley de seguridad social, no impide aplicar al del Ahorro individual con solidaridad el criterio jurisprudencial que hasta la fecha y desde sentencia del 7 de agosto de 1997 ha reiterado la Corte respecto a la pensión de sobrevivientes, en el sentido que para cuando a la fecha de entrada de vigencia la ley 100 de 1993 ya se había cotizado el mínimo de semanas que conferían el derecho a tal prestación conforme a la normatividad que regía con anterioridad a aquélla, sus beneficiarios pueden reclamar su reconocimiento con fundamento en esa regulación."

Y en otra oportunidad también manifestó[3]:

"La circunstancia de que el causante se hubiera trasladado de régimen, esto es, del de prima media con prestación definida al de ahorro individual sin haber retornado al primero, en un asunto de las

[3] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Rad. 23387 del 22 noviembre de 2004. M.P. Luis Javier Osorio López.

características del presente litigio, para esta Corporación no hace perder a la viuda la pensión de sobrevivientes que implora, mientras estén cumplidas las cotizaciones para el ISS con anterioridad a la Ley 100 de 1993, que fue lo que sucedió en relación al señor Luis Alberto Romero Bermúdez (q.e.p.d.), puesto que al tener 780 semanas con el régimen anterior que equivalen a 15 años de aportes y haber operado en su caso el cambió de sistema en abril de 1999 (folio 48 y 56), fácilmente se concluye que al 1° de abril de 1994 cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía más de las 300 semanas cotizadas, que es lo que otorga finalmente el derecho y lo hace extensivo para que los derechohabientes o beneficiarios de quien posteriormente se trasladó a un fondo de pensiones puedan válidamente reclamar la pensión de sobrevivientes a la última de las administradoras con base en la regulación que antecedía a la nueva ley de seguridad social"

3. Caso Concreto:

Encuentra esta Corporación que el señor CARLOS ALBERTO GRISALES, falleció el 27 de agosto de 2004, por lo tanto, la norma que debía aplicarse para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, era la Ley 797 de 2003 *–vigente al momento del fallecimiento del afiliado-*, disposición bajo la cual, no cumplía con ninguno de los requisitos para acceder a esa prestación; abriéndose paso la oportunidad de acudir a normas que rigieron con antelación a ella, para determinar si de esa forma es posible reconocer el derecho invocado *–Principio de la Condición más Beneficiosa-.*

En efecto, acudiendo al régimen anterior, esto es, al Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del Principio de la Condición más Beneficiosa, el cual exige haber cotizado 150 semanas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento o 300 en cualquier época *-pero cotizadas con anterioridad al 1° de abril de 1994-* , encuentra esta Corporación que con anterioridad a esa calenda, el causante tenía cotizadas 321,7143 semanas, según se desprende de la documental visible a folio 37, en virtud de la cual se colige que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor.

Ahora, en lo que respecta al cambió entre regímenes pensionales, según los extractos jurisprudenciales traídos a colación, tal situación no afecta en lo más mínimo la posibilidad de acudir al Principio de la Condición más Beneficiosa y aplicar el Acuerdo 049 de 1990, para que la pensión de sobrevivientes sea reconocida por BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en calidad de fondo privado.

4. Conclusión:

En vista de lo anterior, acertó la juzgadora de primera instancia al darle aplicación al Principio de la Condición más Beneficiosa, aunque la entidad encargada de reconocer la pensión deprecada por la demandante, lo fuera un fondo privado, deviniendo la inexorable confirmación de la providencia revisada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2009, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso Ordinario Laboral instaurado por la señora **FABIOLA HERNÁNDEZ CALDERÓN** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, **CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFICACIÓN EN ESTRADOS: La suscrita Secretaria deja expresa constancia de que la anterior providencia se notificó en estrados a las partes, tal como lo ordena la ley.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma por las personas que en la misma intervinieron.

Los Magistrados,

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

HERNÁN MEJÍA URIBE
(Impedido)

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

JAVIER ANDRÉS RPA LÓPEZ
Secretario *Ad-hoc*