



PEREIRA - RISARALDA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Pereira, once de febrero de dos mil diez.

Acta número 015 del 11 de febrero de 2010.

Hora: 8:30 a.m.

TEMA: Normativa aplicable a la pensión de sobrevivientes. *La pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad aplicable al momento del nacimiento del derecho, esto es, cuando fallece el afiliado. Sin embargo, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, es posible acudir a un sistema pensional anterior, bajo el cual se hubieren cumplido todos los presupuestos legales para ello.*

En la fecha y hora señalada, la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal se constituye en audiencia pública, en la que no participa el magistrado Hernán Mejía Uribe por habersele aceptado impedimento para conocer del presente asunto, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del actor contra la sentencia proferida por la señora Jueza Tercera Laboral del Circuito de esta capital el 28 de agosto de 2009, en el proceso ordinario que la señora **MARIA LUZMILA ROJAS** adelanta en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

El proyecto presentado por el Ponente, discutido y aprobado por los demás miembros de la Sala conforme consta en el acta arriba referenciada, corresponde a la siguiente,

I. SENTENCIA.



PEREIRA - RISARALDA

a. Pretensiones.

Provisto de mandatario judicial, la actora aspira a que se declare que el ISS es responsable del reconocimiento y pago de su pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Fabre de Jesús Marín Grajales y, consecuentemente, pide que se condene al ISS al pago de la respectiva tasa prestacional desde el 13 de abril de 2007, con los respectivos intereses moratorios y las costas procesales.

b. Fundamentos de hecho.

El señor Fabre de Jesús Marín Grajales nació el 23 de octubre de 1937 y falleció el 13 de abril de 2007, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad; la actora convivió con el causante más de 40 años, procreando hijos y permaneciendo unidos hasta el momento del deceso. La pretensora presentó ante el ISS pensión de sobrevivientes, la que fue negada mediante Resolución No. 001654 de 2008, con lo que se agotó la reclamación administrativa.

Destaca finalmente que, en el caso concreto, debe aplicarse el principio de favorabilidad y, por tanto, acudir al Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen transicional contenido en la Ley 100 de 1993.

c. Actuación procesal.

Mediante auto del 2 de septiembre de 2008, se admitió la demanda y se dio traslado a la parte demandada, la que allegó contestación por intermedio de procuradora judicial, la cual se pronunció respecto a los hechos aceptando el relativo a la reclamación elevada por la actora, manifestando respecto a los restantes que no le constan, se opuso escuetamente a las pretensiones y presentó como medios exceptivos de fondo los que denominó "Inexistencia de la obligación demandada, por



PEREIRA - RISARALDA

falta de cumplimiento de requisitos”, “Inexistencia de las semanas cotizadas necesarias” y “Prescripción.

Se adelantó a continuación, la audiencia de que trata el artículo 77 del Estatuto Procesal Laboral, sin lograrse una composición temprana sobre el objeto litigioso, tampoco se modificaron las bases fácticas del pleito y no se adoptó ninguna medida para su saneamiento. En primera audiencia de trámite se decretaron las pruebas que interesaron a las partes, consistentes en documentales y testimoniales, las cuales se evacuaron en las posteriores etapas del proceso.

d. Sentencia de primera instancia.

Finiquitada la cuestión probatoria, se profirió el fallo que terminó la primera instancia, en el cual se negaron las pretensiones, al encontrar la Jueza a-quo que la norma aplicable era la Ley 797 de 2003, bajo la cual no se cumplía ni el requisito de densidad de cotizaciones ni la fidelidad al sistema. Se remontó –entonces- a las normas anteriores, esto es Ley 100 de 1993 y Acuerdo 049 de 1990, bajo las cuales encontró que el causante tampoco dejó consolidado el derecho a favor de la demandante.

e. Apelación.

Dicha decisión no fue compartida por el apoderado de la parte actora, por lo que interpuso recurso de apelación, insistiendo en que debe aplicarse el Acuerdo 049 de 1990, bajo el cual se cumplían a plenitud los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes, insistiendo en que debe contabilizarse hasta la última semana cotizada, incluso con posterioridad al 1º de abril de 1994, pues no hacerlo sería desconocer los beneficios del régimen de transición.



PEREIRA - RISARALDA

El recurso fue concedido y las diligencias remitidas a esta Sala, donde se dispuso el trámite propio de la instancia.

Al no avistarse circunstancia alguna que vicie de nulidad lo actuado, se dispone la Corporación a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES.

a. Competencia.

Resulta competente la Judicatura para desatar la alzada interpuesta en este caso por el apoderado de la parte actora, en virtud de los factores territorial y funcional.

b. Problema jurídico a resolver.

El intrínquis jurídico a tratar, se centra en lo tocante a la normativa que debe aplicarse para determinar la concesión de la prestación económica de sobrevivientes y la aplicabilidad, en esta materia, del principio de la condición más beneficiosa.

Ninguna discusión amerita la regla general para determinar la norma aplicable a la pensión de sobrevivientes, pues se ha decantado suficientemente que debe regirse por la legislación vigente al momento del fallecimiento del afiliado, que es cuando nace el derecho a la prestación pensional para sus causahabientes. Lo que ha entrañado múltiples complicaciones al tema, son las excepciones a esa regla general de determinación de la norma reguladora, puntualmente la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en virtud del cual se ha determinado en múltiples oportunidades, que resulta posible acudir a una legislación anterior, con el fin de determinar la concesión o no de la gracia pensional.



PEREIRA - RISARALDA

En virtud de ese principio básico de la seguridad social, se ha determinado que, por ejemplo, personas que en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 o del texto original de la Ley 100 de 1993, dejaron causada la pensión a sus beneficiarios y su deceso se presenta con posterioridad al cambio legislativo, pueden acceder estos a la prestación económica respectiva en aplicación de la antigua normativa, siempre que el total de aportes requeridos se haya efectuado en vigencia del primigenio ese cuerpo legal.

Sin embargo, estima la Colegiatura pertinente aclarar que la aplicación de este principio debe restringirse a los eventos en los que se presenta un cambio no de leyes, sino de sistema, es decir, se modifique la organización, bases filosóficas, prestaciones, entidades y demás aspectos que conforman todo el conjunto de la seguridad social y el legislador no prevea un régimen transicional para evitar el dislate de los intereses de los afiliados.

Esto es, precisamente, lo que ocurrió cuando el 1º de Abril de 1994, entró en vigencia la Ley 100 de 1993, que trajo consigo una profunda reforma estructural del sistema, cambiándose sus bases axiológicas, los sub regímenes pensionales, ingresándose a nuevos entes como administradores de pensiones y, en general, presentándose una reforma del sistema en todas sus formas, prestaciones y demás. En esa oportunidad, el legislador tuvo a bien establecer unas normas transicionales, pero encaminadas únicamente a la protección de ciertos aspectos de la pensión de vejez, mas nada se dijo respecto a las prestaciones por invalidez o muerte, caso en el cual, para no afectar derechos pre-adquiridos o legítimas expectativas, se ha dispuesto pacíficamente, como se dijo antes, la aplicación del mentado principio de la condición más beneficiosa.

Sin embargo, no puede ocurrir igual situación o darse igual tratamiento al cambio **legislativo** ocurrido, entratándose de la pensión de sobrevivientes, con la Ley 797 de 2003, pues el sistema en su estructura total permanece incólume y lo que ocurrió



PEREIRA - RISARALDA

fue que el legislador, haciendo uso de la configuración legislativa que tiene respecto de los derechos sociales, como lo es el de la seguridad social, decidió, atendiendo motivos de sostenibilidad y equilibrio en la financiación del sistema, incrementar los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes. Y si bien no se estableció un sistema de "transición" o término de acoplamiento de ambos cuerpos normativos no resulta posible la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral se pronunció sobre el asunto en cuestión, apoyándose entre otras, en las siguientes consideraciones:

"Por lo demás, no hay lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa cuando la persona que se invalida en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 no cumple los requisitos previstos en esa normatividad, pero sí las 26 semanas del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

*En efecto, el principio de la condición más beneficiosa en materia pensional ha tenido extensa aplicación por parte de la jurisprudencia, respecto a aquellas personas que habiendo cumplido con un nivel elevado de cotizaciones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, (150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, ó 300 semanas en cualquier época con anterioridad a ese estado) tal como lo determinaba el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 del I.S.S., no cumplían con las 26 semanas para el momento de la invalidez o de la muerte exigidas por la Ley 100 de 1993, **pero en razón a que se consideró que la nueva legislación traía una exigencia menor en número de cotizaciones respecto de la legislación anterior.***

Sin embargo, esta no es la situación que surge en el evento de la Ley 860 de 2003 frente al artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, por cuanto esta última exigía



PEREIRA - RISARALDA

***niveles de densidad de cotizaciones bajos en relación con los más exigentes pretendidos por el legislador en la nueva disposición*¹ (negritas para destacar).**

Se restringe entonces la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el entendimiento de esta Sala, al cambio de sistema general de seguridad social presentado entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, por presentar este último régimen un promedio de exigencia, en cuanto a cotizaciones, más bajo que el primero, tornándose en este caso, en un exabrupto la no concesión de una pensión cuando se habían cotizado un número mucho mayor a las exigidas, pero en un período distinto al exigido por la Ley.

Sin embargo, como en el tránsito legislativo de la Ley 100 a la 797, los presupuestos, en cuanto a densidad se incrementaron y se adicionó además otro requisito como lo es el de la fidelidad al sistema, no es posible, como regla general, hablar de condición más beneficiosa, sino que es menester que se cumplan los presupuestos establecidos en esta norma, salvo en aquellos asuntos en los cuales existe un muy breve período de tiempo entre la entrada en vigencia de la rememorada legislación y la fecha de estructuración de la invalidez, como lo ha hecho en sede de tutela, la Corte Constitucional, aunque en aplicación de criterios diferentes a los de la condición más beneficiosa, encaminando el asunto mas bien a la progresividad de los derechos sociales e inaplicando la legislación vigente, para acudir a una anterior. En pronunciamiento reciente, el máximo órgano guardián de la Constitución expresó:

"Sobre este particular, en apartados anteriores de esta decisión se han expuesto a profundidad los argumentos que ha tenido en cuenta la Corte para concluir, en distintas decisiones, que las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797/03 como en la Ley 860/03, se muestran

¹ Sentencia del 2 de septiembre de 2008. Rad. 32.765. M.P. Dr. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.



PEREIRA - RISARALDA

injustificadamente regresivas. Ello en la medida que (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición.

*En segundo término, para que el amparo constitucional proceda en los casos analizados deberán comprobarse circunstancias de índole fáctica, las cuales tendrán que concurrir ineludiblemente en cada evento concreto, como presupuesto para que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales invocados. Así, en primer lugar, en cada caso **deberá estarse ante los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha previsto para la inminencia de un perjuicio irremediable**, habida cuenta que la discusión sobre derechos laborales en un asunto que, de manera general, es de competencia de la jurisdicción ordinaria. Como segunda medida, **debe acreditarse que la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez tiene efectos incontrovertibles en términos de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del afiliado**. En ese sentido, deberá comprobarse la conexión necesaria entre el pago de la prestación económica y la consecución de las condiciones materiales que garanticen la subsistencia del interesado. De esta manera, en caso que se demuestre que el afiliado cuenta con otras fuentes de ingreso, distintas a la pensión solicitada, el amparo resultará improcedente ante la falta de inminencia de un perjuicio irremediable.*

*Finalmente, **deberá comprobarse por parte del juez constitucional que la aplicación de las normas resultantes del tránsito normativo resulta irrazonable para el caso concreto. Para este efecto, servirán de criterios***



PEREIRA - RISARALDA

indicadores de esta afectación, entre otros (i) la cercanía en el tiempo entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación; y (ii) el cumplimiento en el caso concreto de las condiciones que exigía la Ley 100/93, en su versión "original", para que el asegurado tuviera acceso a la pensión de invalidez una vez acaecido el hecho que configura la discapacidad inhabilitante para el empleo².(negritas para destacar)

No hay choque entre una posición y otra, como podría pensarse en un primer momento, pues el enfoque constitucional constituye una morigeración, bajo unos supuestos concretos y en casos específicos, de la perspectiva adoptada por la jurisdicción ordinaria, es decir, se trata simplemente de una armonización constitucional de la interpretación que debe darse a la vigente legislación, para que se salvaguarden derechos fundamentales de personas que puedan resultar afectadas con la nueva legislación.

Ahora, es indispensable precisar que, dentro del sistema de seguridad social, se pueden presentar modificaciones en cuanto a los requisitos para acceder a las prestaciones económicas, como ocurrió al interior de la Ley 100 de 1993 cuando la 797 impuso mayor densidad de cotizaciones y fidelidad al sistema para entregar pensiones de invalidez o de sobrevivencia, sin embargo, **el sistema sigue siendo el mismo**, pues se itera, que sus bases siguen siendo iguales.

Así las cosas, el principio de la condición más beneficiosa frente a las prestaciones económicas de invalidez y sobrevivencia, continúa siendo aplicable en aquellos casos en los que en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, se cotizaron más de 300 semanas en toda la vida laboral o 150 semanas en los 6 años anteriores al 1º de abril de

² Sentencia T-043 de 2007



PEREIRA - RISARALDA

1994 y 150 en las 6 anualidades que prosiguieron a dicha fecha³ y el hecho incapacitante o el deceso, se presentó en vigencia del **sistema pensional** contenido en la Ley 100 de 1993, porque en todo caso, las exigencias actuales son inferiores a las establecidas en aquel Acuerdo y resultaría altamente lesivo conceder prestaciones a quienes hayan aportado 26 ó 50 semanas en un período determinado y no a quienes hicieron cotizaciones al sistema pensional en cuantía superior a las 300 semanas.

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

- La regla general es que la pensión de sobrevivencia se gobierne por la legislación vigente al momento de la causación del deceso del afiliado.
- Puede excepcionarse esa regla general, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, cuando se trata de un cambio de fondo o sustitución del sistema de seguridad social en pensiones y el nuevo contempla unos requisitos más benevolentes que, sin embargo, no se cumplen, pudiéndose acudir a la normatividad anterior, en vigencia de la cual se cumplieron los presupuestos establecidos para causar la gracia pensional.
- Cuando no se trata de una sustitución del sistema, sino que es un simple cambio de leyes, exigiendo la nueva obra legal mayores presupuestos que la anterior, es posible que, bajo condiciones especiales de cercanía entre la estructuración y el cambio legislativo, se acuda a las normas anteriores, pero no en aplicación de la condición más beneficiosa, sino en virtud del carácter progresivo de los derechos sociales.

³ Al respecto véase la sentencia del 4 de diciembre de 2006 radicado 28893.



PEREIRA - RISARALDA

- Estas dos últimas hipótesis, tienen cabida siempre que la ulterior legislación no contemple algún mecanismo de transición, pues de ocurrir esto, esas normas serán las que establezcan la forma de aplicación de la antigua legislación.
- Las modificaciones en cuanto a requisitos que se hagan al interior de un Estatuto de Seguridad Social, que no afecten su parte estructural, axiológica y básica, no pueden ser tenidos como un nuevo sistema. Así por ejemplo, con la variación que a los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes hizo la Ley 797 de 2003, no se varió el sistema implantado con la Ley 100 de 1993.

Con estas pautas, pasará a analizarse el caso concreto:

El señor Fabre de Jesús Marín Grajales falleció el 13 de abril de 2007, según se narra en el hecho primero de la demanda y se acredita con el registro civil de defunción anexado con la misma –fl. 9-. Para esa calenda, se encontraba vigente la Ley 797 de 2003 que exigía, para causar la pensión de sobrevivientes, era necesario que el afiliado fallecido contara con 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al deceso y una fidelidad al sistema de 20%. El requisito de densidad de cotizaciones, como se constata en la historia laboral -fls. 43 y ss-, no se cumplió pues el actor dejó de cotizar desde el año 1997, es decir, en los tres años anteriores a su deceso el afiliado fallecido cotizó un total de 0 semanas.

Sin embargo, al aplicar el principio de la condición más beneficiosa, y verificando el asunto bajo la vigencia del Acuerdo 049 de 1990, la situación cambia drásticamente, pues contrario a lo que afirma la Jueza a-quo, el causante sí alcanzó el número de cotizaciones exigidos por esa norma, pues según la historia laboral ya citada, el causante alcanzó a cotizar un total de 451 semanas con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-. Esta densidad de cotizaciones



PEREIRA - RISARALDA

que se extracta de la historia laboral, supera la exigida en el artículo 6º del Acuerdo 049, en concordancia con el 25 ibidem, por lo que se puede afirmar, sin lugar a equívocos, que a la demandante sí le asiste el derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

No se entiende porque al totalizar el número de días cotizados por el señor Marín Grajales, no se tuvieron en cuenta varios períodos que sí estaban reportados en la historia laboral, como los transcurridos entre el 29 de marzo de 1967 y el 1º de junio de 1969, el 1º de junio de 1970 al 31 de agosto de 1971 y del 1º de septiembre de 1971 y el 30 de septiembre de 1973, sin que respecto a ellos pese alguna circunstancia que los invalide. Por tal razón, insiste la Colegiatura en que tales períodos son totalmente válidos y, por tanto, al tenerlos en cuenta, se encuentra que el causante dejó causado el derecho pensional para su causahabiente conforme las reglas del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por resultar más beneficiosa.

Así las cosas, se encuentra que el recurrente tiene razón, pues el causante alcanzó las semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, tal como lo demuestra la prueba que aportare el mismo ente demandado. Por tanto, se revocará la decisión de la Jueza a-quo y en su lugar se declarará la existencia del derecho a favor de la demandante, a partir del 13 de abril de 2007.

c. Intereses moratorios.

Se aspira en la demanda a que, aparte de la tasa prestacional respectiva, se imponga al ISS el pago de los intereses moratorios que se establecen en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Pues bien, se observa que la petición es viable, amén que se evidencia una tardanza en el pago de la prestación respectiva por parte del ente de seguridad social.



PEREIRA - RISARALDA

Ya en cuanto al momento desde el cual deben cancelarse los mismos, es perentorio tener en cuenta que las entidades de la seguridad social cuentan con un período para resolver las peticiones que sobre prestaciones pensionales se hagan. En el caso de la pensión de sobrevivientes, la Ley 712 de 2001 fue la encargada de establecer este lapso, señalando en su artículo 1º que la pensión debería reconocerse en un lapso no superior a 2 meses, regla que debe armonizarse con el canon 4º de la Ley 700 de la misma anualidad, el cual se ha interpretado como un término adicional de dos meses, contados después del reconocimiento pensional, para incluir a la persona en nómina. Dicha disertación –entonces- ha llevado a esta Sala a concluir que, para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, las entidades de seguridad social cuentan con un término máximo de 4 meses, vencidos los cuales, se generan los intereses moratorios consagrados en la norma mencionada.

En el presente caso, se tiene que la solicitud de reconocimiento pensional se elevó el 24 de julio de 2007, según se extracta de la Resolución No. 001654 de 2008 –fl. 12-, por lo que el término de 4 meses se venció el 24 de noviembre de 2007. Así las cosas, se deben intereses moratorios desde el 25 de noviembre de 2007, inclusive, hasta tanto se efectúe el pago de las sumas debidas, aplicando la tasa de interés moratorio más alta, vigente al momento del pago.

d. Excepciones.

Respecto a las excepciones propuestas, se tiene que ninguna alcanza a enervar el derecho estructurado en cabeza de la demandante, por lo que se declararan no robadas.

e. Costas procesales.



PEREIRA - RISARALDA

De conformidad con el ordinal 4º del artículo 392 del CPC, aplicable en materia laboral por remisión analógica permitida por el artículo 145 del CPLSS, las costas de ambas instancias estarán a cargo del ISS.

III. DECISIÓN.

Por lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia que por vía de apelación se ha revisado y en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR que la señora **MARIA LUZMILA ROJAS** es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, causada con el deceso de su compañero permanente Fabre de Jesús Marín Grajales.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** al Instituto de los Seguros Sociales a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes, a partir del 13 de abril de 2007, con base en las normas del Acuerdo 049 de 1990.

TERCERO: CONDENAR al Instituto de Seguros Sociales al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 25 de noviembre de 2007 –inclusive- y hasta tanto se efectúe el pago de las sumas adeudadas, partiendo del interés moratorio más alto vigente al momento del pago.



PEREIRA - RISARALDA

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

QUINTO: CONDENAR al Instituto de Seguros Sociales al pago de las costas procesales de ambas instancias.

Notificación surtida en Estrados.

Cumplido el objeto de la presente diligencia, se da por terminada y en constancia firman el acta los intervinientes.

Los Magistrados,

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

ANA LUCIA CAICEDO CALDERON

HERNÁN MEJÍA URIBE
IMPEDIDO

CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

Secretaria