Providencia:	Sentencia del 25 de julio de 2012
Radicación Nro.	66001-31-05-001-2010-00922-01
Proceso	Ordinario Laboral
Demandante:	Karing Alejandra Mendoza Barrios
Demandado:	Instituto de Seguros Sociales
Magistrado Ponente:	Julio César Salazar Muñoz
Juzgado de origen:	Primero Adjunto del Juzgado Primero Laboral del circuito
Tema:	**Pensión de sobrevivientes. Condición más beneficiosa**: En los casos de muertes ocurridas en vigencia de la ley 797 de 2003 no es posible acudir al principio de la condición más beneficiosa en orden a aplicar el artículo 46 original de la ley 100 de 1993 o las disposiciones pertinentes del acuerdo 049 de 1990.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Pereira, julio veinticinco de dos mil doce

Acta número 0119 de julio 25 de 2012

Siendo las cinco (5:00) de la tarde, los integrantes de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en asocio con su secretaria, declaran abierta la audiencia pública de juzgamiento dentro de la que se resolverá la consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Adjunto al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, el día 24 de febrero de 2012, en el proceso que **KARING ALEJANDRA MENDOZA BARRIOS**, promueve contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

ANTECEDENTES

1- DEMANDA

Inicialmente, la señora Maryory Barrios Cusguen, actuando en nombre propio y en representación de la joven Karing Alejandra Mendoza Barrios –*quien era menor de edad al momento de presentarse la demanda*-, solicitó que en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, se condene a la entidad demandada a reconocer, en beneficio suyo y en el de su hija, la pensión de sobrevivientes causada con la muerte del señor Edgar Hernando Mendoza Gutiérrez, con sustento en el Acuerdo 049 de 1990, cuyo pago pidió que fuese a partir del 17 de enero de 2004, con las mesadas adicionales y reajustes anuales. Reclamó además condena al pago de intereses moratorios y las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones en que convivió en unión libre con el señor Edgar Hernando Mendoza Gutiérrez desde el año 1983 hasta el día 17 de enero de 2004 -*fecha de su deceso*- y que de esta relación nació la señorita Karing Alejandra Mendoza Barrios el día 8 de febrero de 1993.

Adujo también que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con sustento en el Acuerdo 049 de 1990 porque a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 el causante contaba con más de 300 semanas de cotización para los riesgos IVM; no obstante señaló, que el ISS negó tal derecho a través de la resolución 5386 de 2005, bajo el argumento de que aquel no concretó las dos exigencias establecidas en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003.

2- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda -*fls.23-29*- el Instituto de Seguros Sociales aceptó la fecha de la muerte del causante y la reclamación que de la pensión sobrevivientes elevó la señora Barrios Cusguen. En relación a los demás hechos, dijo no ser de su conocimiento o ser simples apreciaciones de la parte actora. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de mérito las que denominó: “inexistencia de la obligación demandada”; “improcedencia de intereses moratorios”; “prescripción”; “buena fe”; “no haber prueba de las calidades alegadas por el demandante”; “falta de causa”; “ausencia de legitimación por activa” y “pago”.

La señora Maryory Barrios Cusguen desistió de sus pretensiones en este proceso –*fl.88*-. Esta decisión fue avalada por la Juez –*fl.89*-, disponiendo la continuación de la actuación solo en relación a las pretensiones de Karing Alejandra Mendoza Barrios, quien en la actualidad ya tiene capacidad para actuar por sí sola en el proceso, por haber adquirido la mayoría de edad –*fl.21*-.

3- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotadas las etapas previas, en la audiencia de juzgamiento que tuvo lugar el veinticuatro (24) de febrero de 2012 -*fls.165-175*-, se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó a la actora al pago de las costas.

Para esos efectos, la A-quo precisó, que no es posible analizar los requisitos de la pensión de sobrevivientes al amparo del Acuerdo 049 de 1990, dado que el principio de la condición más beneficiosa que invoca la actora solo procede cuando hay cambio de sistema pensional y no simplemente a raíz de un cambio legislativo, como ocurrió con la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, normativa que al ser la que estaba vigente al momento de la muerte del causante, es la que se debe tener en cuenta para definir el caso propuesto.

4- CONSULTA

No hubo apelación por lo que, al haber sido totalmente desfavorable la decisión a los intereses de la parte actora, se dispuso este grado jurisdiccional.

CONSIDERACIONES

1- PRESUPUESTOS PROCESALES

No observándose nulidad que afecte la actuación y satisfechos, como se encuentran, los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad procesal y competencia, para resolver la instancia se plantean los siguientes:

2- PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Cuál es la norma aplicable para resolver controversias suscitadas en el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes?

¿Es procedente la aplicación de la figura de la condición más beneficiosa en el presente caso?

3- NORMATIVIDAD APLICABLE A LA PENSION DE SOBREVIVIENTE

Es pacífica la jurisprudencia actual en el sentido de que la disposición aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la que se encuentre vigente al momento del fallecimiento del pensionado o del afiliado al sistema de seguridad social.

4- SOBRE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA Y EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD.

En orden a resolver el interrogante planteado, debe la Sala precisar que si bien, conceptualmente se ha aceptado la discusión que aquí se presenta bajo los parámetros de la figura jurídica denominada *"condición más beneficiosa"*, en realidad el fondo del asunto está referido a un tema de carácter constitucional que ya ha sido definido por el máximo organismo de esa jurisdicción. En efecto, el artículo 53 de la Constitución vigente determina las reglas y principios propios del derecho del trabajo, aplicables, así resulte aparentemente redundante decirlo, a quienes detentan la calidad de trabajadores. Precisamente, del inciso final de este texto se ha derivado doctrinariamente la figura de la condición más beneficiosa en cuanto determina que ni siquiera la ley puede menoscabar los derechos de aquellos.

Pero, a su vez, la Constitución de 1991 dio plena autonomía al derecho de la Seguridad Social al establecer en el artículo 48 las bases y principios que lo identifican e individualizan, de manera tal que dejó de ser un apéndice de ese derecho laboral, referido en el artículo 53 constitucional, al amparo del cual nació y evolucionó, inicialmente como una especie de Seguros Sociales aplicable sólo a trabajadores.

Ahora bien, según se desprende del artículo 48 de la Carta Política, los principios de solidaridad y universalidad propios del nuevo derecho de la seguridad social, unidos a la necesidad de estabilidad financiera propia de un sistema, con un interés marcadamente social y comunitario, exigen el respeto absoluto a reglas presupuestales precisas que garanticen la viabilidad económica del sistema.

No es aceptable entonces, ni representa los intereses generales de la colectividad, disponer el reconocimiento de prestaciones que no han sido concebidas dentro de los cálculos actuariales que permitan su otorgamiento, utilizando por analogía un concepto jurídico ajeno a los principios que guían el nuevo derecho, como ocurriría de aceptar la aplicación de la condición más beneficiosa a los temas prestacionales de la seguridad social.

No quiere decir lo anterior que cuando las personas consideren que las nuevas normas, que se han proferido y que se profieran en el futuro en materia de Seguridad Social, atentan contra sus derechos, carezcan de posibilidades de presentar sus reclamaciones, en aquellos eventos que los consideren desmejorados por la nueva legislación.

En realidad, tal tema bien puede ser planteado bajo la perspectiva del Principio de Progresividad vigente en Colombia en virtud de la suscripción del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), según el cual la legislación social debe hacerse siempre en pos de mejorar las condiciones y beneficios sociales vigentes en cada país en un determinado momento.

Pero por ser el PIDESC una norma de derecho internacional que hace bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Nacional, su posible vulneración constituye un tema constitucional que, si bien puede ser resuelto por el juez ordinario por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, una vez estudiado de fondo y resuelto por la Corte Constitucional como órgano de cierre de esa jurisdicción, el entendimiento otorgado por ésta, debe ser tenido en cuenta por todos los jueces respecto al sentido atribuido a la nueva norma de Seguridad Social que se propuso como contraria al principio de progresividad.

Fue eso lo que precisamente ocurrió en relación al tema debatido pues, por considerarlas regresivas y por tanto desconocedoras del PIDESC, a la Corte Constitucional le fueron presentadas demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 12 de la ley 797 de 2003 y 1° de la ley 860 de 2003, que en su orden modificaron los requisitos para adquirir la pensión de sobrevivientes y la de invalidez, ambas de origen común. Y al resolver sobre las mismas, en las sentencias C-1094 de 2003, C-556 de 2009 y C-428 de 2009, la alta Corporación,

si bien encontró que el nuevo requisito de fidelidad exigido por ambas normas resultaba regresivo, por lo que procedió a declarar su inexequibilidad, concluyó que no ocurría lo mismo con el relativo al aumento de semanas para adquirir el derecho (de 26 a 50), por cuanto a la vez elevó a tres años el tiempo dentro del cual debían aparecer hechos los aportes de éstas, situación que, según algunos estudios, incluso a ciertos grupos de la población podía resultar más favorable.

Así las cosas, respecto al tema planteado en el presente proceso relativo a la pensión de sobrevivientes, esta Sala considera que no hay lugar a la aplicación de la figura de la condición más beneficiosa y que tampoco procedería dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad para hacer valer el principio de progresividad por cuanto, la autoridad suprema de lo constitucional, ya ha hecho el estudio de constitucionalidad de la norma y de la posible connotación regresiva que respecto a ella y a normas similares se ha alegado, encontrándolas ajustadas a la carta política.

De tal manera que, para esta Sala resulta absolutamente indiscutible que el artículo 12 de la ley 797 de 2003, en los precisos términos que fue encontrado ajustado a la Constitución por la Corte Constitucional, es la norma que se debe aplicar en los casos de solicitudes de reconocimiento de pensiones de sobrevivientes originadas por muertes ocurridas a partir del 29 de enero de 2003.

A igual conclusión, aunque fundada en el análisis de la figura de la condición más beneficiosa, ha llegado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según se desprende de las sentencias: 37646 de 16 de febrero de 2010 ponencia del doctor Luis Javier Osorio López, 39512 de 18 de junio de 2010 ponencia del doctor Gustavo José Gnecco Mendoza, 32.642 de 20 de febrero de 2008 y 35120 de 2008; cuyo entendimiento permite concluir que, según esta alta Corporación, respecto a personas que fallezcan en vigencia de la ley 797 de 2003, no existe aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensiones de sobrevivientes por cuanto, **en primer lugar** *"no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable*

conforme a las reglas generales del derecho"; y *"Lo que no puede el juez es desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la Ley 100 de 1993 que haya precedido -a su vez- a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle una especie de efectos 'plusultractivos', que resquebraja el valor de la seguridad jurídica"*. (sentencias de 3 de diciembre de 2007 rad. 28876 y 20 de febrero de 2008 rad. 32.642); y **en segundo lugar** por cuanto el artículo 46 original de la ley 100 de 1993 tampoco puede ser aplicado de preferencia sobre el 12 de la ley 797 de 2003 en uso de la figura de la condición más beneficiosa, pues aquel *"exigía niveles de densidad de cotizaciones bajos para acceder a la pensión de sobrevivientes en relación con los más exigentes pretendidos por el legislador en la nueva disposición"* (Radicación 35120 de 22 de julio de 2008).

4- EL CASO CONCRETO

A manera de conclusión y para el presente caso, basta decir que como las normas aplicables en materia de pensiones de sobrevivencia son las vigentes al momento del deceso del causante, la disposición que regula el asunto sometido a estudio, referente a los derechos pensionales derivados de la muerte del señor EDGAR HERNANDO MENDOZA GUTIÉRREZ ocurrida el 17 de enero de 2004 (fl.23), es el artículo 12 de la ley 797 de 2003 que, como primer requisito, exige para la configuración del derecho, haber cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento, requisito que no se cumple en el *sub-examine*, debido a que el difunto, según la historia laboral obrante a folios 108 a 111 y 152, no reporta ninguna semana cotizada en los tres años anteriores a su muerte.

Como se infiere de todo lo dicho, la demandante no tiene derecho a gozar de la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión de la muerte del señor EDGAR HERNANDO MENDOZA GUTIÉRREZ, en razón a que ese derecho nunca nació a la vida jurídica.

Por las razones aquí expuestas corresponde confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR, por las razones aquí expuestas, la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO. Costas en esta instancia no se causaron.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

Los Magistrados,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

HUMBERTO ALBARELLO BAHAMÓN **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**
Con permiso

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA
Secretaria