Providencia	:	Sentencia del 27 de Marzo de 2012
Radicación Nro.	:	66001-31-05-003-2009-00906-01
Proceso	:	ORDINARIO LABORAL
Demandante	:	MARTHA LILIANA SIERRA URIBE
Demandado	:	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y OTRO
Juzgado de Origen	:	Primero Adjunto del Tercero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda)
Magistrada ponente	:	Dra. ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Tema	:	**CAUSACIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE.** Esta Sala de Decisión considera que, si bien la fecha de causación de la pensión de sobrevivientes, por regla general, es la misma del fallecimiento del causante, no puede permitirse que, como ocurre en el presente caso, la beneficiaria guarde silencio ante la negativa de reconocerle la cuota parte pensional a su favor y en cambio reclame la totalidad de la misma mesada pensional y el retroactivo en representación de su hijo menor de edad y, varios meses después, aparezca reclamando la parte que le correspondía, incluido el retroactivo, pues estaría cobrando dos veces por la misma causa. **INTERESES MORATORIOS:** Para que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 empiecen a correr es necesario que: (i) el interesado haya elevado la solicitud al fondo pensional respectivo, habiendo cumplido los requisitos legales para acceder a la prestación y, (ii) que la entidad desconozca los términos establecidos en las leyes 700 y 717 de 2001 y 797 de 2003.

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

ACTA No. ____
(Marzo 27 de 2012)

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

En Pereira (Risaralda), a los veintisiete (27) días del mes de marzo del año dos mil doce (2012), siendo las cinco y cincuenta minutos de la tarde (5:50 p.m.), fecha y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente Audiencia, se reunieron los Magistrados que integran la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN** *–quien actúa como Ponente-,* **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y **HUMBERTO ALBARELLO BAHAMÓN**, en asocio de la Secretaria, doctora **Mónica Andrea Jaramillo Zuluaga,** se declara abierto el

acto y la Sala se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento, en el presente proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARTHA LILIANA SIERRA URIBE** en contra del **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 resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida el 16 de septiembre de 2011, por el Juzgado Primero Adjunto del Tercero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), dentro del proceso Ordinario Laboral reseñado atrás.

I. LA DEMANDA

1. Pretensiones:

Solicita la señora Martha Liliana Sierra Uribe, a través de apoderada judicial, que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por la muerte de su cónyuge, OTONIEL LONDOÑO LONDOÑO, en consecuencia, se condene al Instituto de Seguros Sociales a pagarle el retroactivo de la pensión a partir del 6 de noviembre de 2008, incluyendo las mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

2. Hechos Relevantes:

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

La apoderada judicial de la señora Martha Liliana Sierra Uribe, indica que el

señor OTONIEL LONDOÑO LONDOÑO, falleció el 6 de noviembre de 2008 y que fue inicialmente compañero permanente y, después del 28 de septiembre de 2002, cónyuge de la demandante hasta el día del fallecimiento de aquel, sin que hubiere mediado separación de cuerpos o divorcio. Agrega que el señor LONDOÑO al momento de su muerte se encontraba disfrutando de la pensión de vejez, por lo que la actora presentó al ISS la solicitud de sustitución pensional, la cual le fue negada mediante Resolución No. 06856 del 17 de junio de 2009, argumentando que no tenía la calidad de beneficiaria porque la sociedad conyugal había sido liquidada y disuelta el 24 de octubre de 2006, decisión que, a su juicio, carece de sentido porque para ser beneficiaria debe demostrar el vínculo matrimonial -que solo se termina con el divorcio- y la convivencia, de manera que la liquidación de la sociedad conyugal deja vigente el matrimonio y, en este caso, la convivencia, a pesar de aquella, se mantuvo vigente hasta que falleció el señor LONDOÑO, por lo tanto, tiene derecho a la pensión.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto de Seguros Sociales, a través de apoderada judicial, contestó la demanda aceptando los hechos relacionados con la fecha de fallecimiento del señor OTONIEL LONDOÑO LONDOÑO y su calidad de pensionado, la solicitud de pensión hecha por la actora y la respuesta negativa de la entidad. Respecto de los demás hechos manifestó que no son ciertos, o no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones las de “INEPTA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DE VÍA GUBERNATIVA”, “FALTA DE CAUSA INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES MÍNIMOS”, “IMPROCEDENCIA CONDENA POR INTERESES MORA EN LA FORMA PRETENDIDA” “FALTA DE CAUSA POR IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN” y “PRESCRIPCIÓN”.

Mediante providencia del 16 de julio de 2010 (fl. 54 y ss), el juzgado de origen dispuso vincular de oficio como litisconsorte necesario al joven ANDRÉS FELIPE LONDOÑO SIERRA, quien en condición de hijo del causante y, en proporción equivalente al 100%, viene disfrutando de la pensión aquí reclamada desde el 6 de noviembre de 2008.

Luego de ser notificado personalmente a través de apoderado judicial,

procedió a contestar la demanda en la que acepta todos los hechos, excepto los relacionados con los argumentos expuestos por el Instituto de Seguros Sociales para negarle la pensión a su señora madre, que es la demandante. Respecto de los demás hechos, indica que no le constan o no son hechos propiamente. No se opuso a las pretensiones de la demanda y tampoco propuso excepciones.

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 apelación en la que resolvió reconocer que la señora MARTHA LILIANA SIERRA URIBE, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el deceso del señor OTONIEL LONDOÑO LONDOÑO, en consecuencia, condenó al Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar a la demandante la pensión y los intereses moratorios, pero a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, los últimos solo en caso de incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales y condenó al ISS al pago de las costas, incluyendo las agencias en derecho, las cuales fijó en la suma de $2.142.400.

Para llegar a tal determinación la *a-quo* concluyó que la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el deceso del señor OTONIEL LONDOÑO LONDOÑO, por cuanto, de acuerdo con la jurisprudencia, la separación de bienes no hace perder la calidad de cónyuge y como acreditó la convivencia efectiva con el causante durante los 5 años anteriores y hasta la fecha del fallecimiento del pensionado, no existe razón válida para negarle el derecho a la sustitución pensional.

Sin embargo, consideró que el reconocimiento de este derecho no puede hacerse desde la fecha de fallecimiento del causante, por cuanto la entidad le reconoció y pagó dicha gracia pensional al joven ANDRÉS FELIPE LONDOÑO SIERRA, en calidad de hijo y, por tanto, condenar a la entidad a pagar el retroactivo sería imponerle un doble pago por la misma razón, de manera que decidió reconocer la pensión desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, al igual que los intereses moratorios, teniendo en cuenta que éstos son accesorios a la obligación principal.

IV. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandante presentó el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado en los siguientes términos:

Indica que en el ordenamiento jurídico no se aprecia una norma que impida que la pensión de sobrevivientes pueda percibirse desde el momento de la causación y que la razón sea pertenecer al mismo núcleo familiar y que esta prestación ya la ha estado percibiendo otro beneficiario de la misma. Así mismo, asegura, que no se puede perder de vista que el derecho a la pensión es irrenunciable y se tiene derecho a percibir desde que se causa, es imprescriptible y, por lo tanto, la entidad tiene la obligación de reconocerla a quienes comprueben la calidad de beneficiarios, sin imponerle carga adicional.

Lo anterior, lleva además a señalar que la demora en el reconocimiento de la prestación a la señora MARTHA LILIANA, no es imputable a la negligencia del beneficiario, sino a la misma entidad, por lo que se debe acceder a la pretensión de los intereses moratorios.

Por lo anterior, solicita que se modifique la sentencia de instancia y se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y el retroactivo desde el 6 de noviembre de 2008 y los intereses de mora desde el 20 de enero de 2009, cuando venció el plazo que tenía el ISS para reconocer la prestación.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos Procesales:

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

2. Problemas jurídicos por resolver:

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

- ¿A partir de cuándo tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes?

- ¿Es viable acceder a la condena por concepto de intereses moratorios?

3. De la fecha de causación de la pensión:

No existe discusión alguna en el presente asunto respecto a la calidad de pensionado que al momento de su fallecimiento ostentaba el señor OTONIEL LONDOÑO LONDOÑO, ni que su óbito se produjo el 6 de noviembre de 2008 (fl. 14). Así mismo, quedó demostrado en el proceso que la señora MARTHA LILIANA SIERRA URIBE era la cónyuge del señor LONDOÑO LONDOÑO al momento del fallecimiento de este último, lo que la constituye en beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Ahora, le corresponde a esta Corporación determinar desde cuándo se debe hacer ese reconocimiento y si el pago del retroactivo debe quedar a cargo del ISS.

Para empezar, debemos decir que está suficientemente decantado por la jurisprudencia que el momento de causación de la pensión de sobrevivientes es la fecha de fallecimiento del causante, de manera que, en este caso, la prestación, en principio, debería ser reconocida a la actora, en un 50%, desde el 06 de noviembre de 2008, empero, también es cierto que la señora MARTHA LILIANA SIERRA URIBE, presentó la solicitud de pensión en calidad de cónyuge y le fue negada por la entidad demandada mediante la Resolución No. 06856 del 17 de junio de 2009, la cual le fue notificada oportunamente como quiera que, con el mismo acto administrativo, se le reconoció la pensión a su hijo menor, ANDRÉS FELIPE LONDOÑO SIERRA y se le pagó el retroactivo a través de su representante legal, precisamente la ahora demandante, de lo que se concluye que, tuvo conocimiento y consintió en ello, no presentó los recursos de ley contra la decisión de negarle la pensión y tampoco hay constancia de que haya hecho posteriormente una reclamación administrativa de su cuota pensional y vino a presentar la demanda unos meses después, el 26 de agosto

de 2009 (fl. 23).

De acuerdo con lo anterior, considera esta Sala de Decisión que, si bien la fecha de causación de la pensión de sobrevivientes, por regla general, es la misma del fallecimiento del causante, no puede permitirse que, como ocurre en el presente caso, la beneficiaria guarde silencio ante la negativa de reconocerle la cuota parte pensional a su favor y en cambio reclame la totalidad de la misma mesada pensional y del retroactivo en representación de su hijo menor de edad y, varios meses después, aparezca reclamando la parte que le correspondía, incluido el retroactivo, pues estaría cobrando dos veces por la misma causa.

Así mismo, también es cierto que si la demandante no presentó los recursos legales contra la decisión que le negó la pensión y tampoco existe reclamación posterior a esa negativa y el ISS siguió pagando la pensión en su totalidad a quien válidamente, en su momento, demostró ser el beneficiario del causante, es decir, su hijo, tiene que decirse que el ISS no puede ser condenado a pagar dos veces (aunque realmente sería 1.5 veces) una misma pensión, pues si ya le pagó al hijo (el 100%), no tendría por qué pagarle ahora el 50% más a la cónyuge, salvo que fuera culpa de la entidad que hubiera pagado mal, lo que necesariamente nos lleva a concluir que, quien realmente está llamado a pagarle a la actora el 50% de la mesada pensional (desde la fecha de causación y hasta que se le reconozca la misma), es su hijo, el señor ANDRÉS FELIPE LONDOÑO SIERRA, quien fue a quien la entidad demandada le pagó ese 50% de más que no le correspondía, máxime cuando fue la propia actora la que recibió el retroactivo desde la fecha de la causación de la pensión (6 de noviembre de 2008 y hasta el reconocimiento en junio de 2009, por valor de $10.682.020) en representación de su hijo, por lo que, de alguna manera, podría presentarse una confusión en la obligación (ella como cónyuge y como madre del menor), pues, en el evento en que el ISS le hubiera reconocido la pensión a ella y a su hijo, el mismo valor del retroactivo lo habría recibido la demandante, pero el 50% a su nombre y el otro 50% en representación de su hijo. Además, no puede pasar por alto esta Sala de Decisión, que la demandante haya guardado silencio en el líbelo en relación con el pago del retroactivo de la pensión que, se reitera, recibió en representación de su hijo, a quien no demandó y tuvo que, el juzgado de origen, vincular de oficio.

Sin embargo, como no existe una pretensión de la demanda en ese sentido, es decir, que se condene al vinculado como litisconsorte necesario, ANDRÉS FELIPE LONDOÑO SIERRA, al pago de ese retroactivo, esta Corporación se abstendrá de imponer una condena en ese sentido, sin perjuicio de que, si es su voluntad, la demandante pueda adelantar las acciones judiciales pertinentes para cobrarle a su hijo el valor de ese retroactivo pensional.

De lo anterior, se concluye que, efectivamente, le asiste razón a la apoderada judicial de la parte recurrente en el sentido de que en el ordenamiento jurídico no se aprecia una norma que impida que la pensión de sobrevivientes pueda percibirse desde el momento de la causación, como en efecto se está reconociendo, pero tampoco existe una que obligue a la entidad a pagar dos veces la misma prestación, máxime cuando la actora recibió el pago del retroactivo, desde la causación y hasta el reconocimiento, en su totalidad, en representación de su hijo.

Por lo anterior, esta Colegiatura considera pertinente confirmar la sentencia de instancia en cuanto ordenó el pago de la pensión de sobreviviente, a favor de la actora, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

4. Intereses moratorios e indexación de las condenas:

De otro lado y frente a la solicitud de intereses moratorios, esta Sala considera que, contrario a lo expuesto por la a-quo, éstos no son accesorios a la obligación principal, por el contrario, su pago se configura por el solo hecho del incumplimiento de la obligación de la entidad de reconocer la pensión a su cargo, o la prestación solicitada, durante el término establecido en las leyes 700 y 717 de 2001 y la 797 de 2003 *-las cuales fijan los términos máximos para incluir al afiliado en nómina, previo reconocimiento de la prestación-,* tal y como lo ha venido sosteniendo esta Sala, en la siguiente forma: [1]

> *"No puede perderse de vista además, la naturaleza que se le dio a los réditos por mora, pues los mismos constituyen una medida resarcitoria y actualizadora de los valores. Lo primero, porque vienen a ser una forma de expiar los frutos que dejó de percibir el pensionado al no recibir el valor de la mesada pensional en el momento oportuno y lo segundo, en razón a que se constituyen en una forma de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de los valores correspondientes a las*

[1] Sala Laboral – Tribunal Superior de Pereira-. M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares. Acta. 060 del 17 de junio de 2.010. Radicado. 66001-31-05-003-2009-00066-01

> *mesadas. De ahí que, no habiéndose aún reconocido la pensión,* ***cuando se ha efectuado la solicitud por el interesado y la entidad no ha cumplido con su obligación de determinar el derecho e iniciar a pagarlo en los términos de ley****, se generan los aludidos intereses.*
>
> *De todo lo dicho se concluye entonces que, para que empiecen a correr los intereses moratorios, es indispensable: (i) que se presente la solicitud por parte de quien tiene el status de pensionado y (ii) que la entidad incumpla con los términos señalados para reconocer y pagar la pensión, conforme a las leyes 700 y 717 de 2001 y 797 de 2003, que para efectos de la pensión de invalidez, son seis meses, cuatro para reconocer la pensión y dos adicionales para la incorporación en nómina e iniciarse los pagos (…).*

Coherente con lo anterior, en el presente caso la demandante presentó su solicitud de pensión el **19 de noviembre de 2008**, conforme se desprende de la Resolución que le negó el derecho [fol. 10 y ss.]. A partir de dicha calenda, según el antecedente traído a colación, la entidad contaba con 2 meses para resolver la petición (que es el tiempo concedido para las pensiones de sobrevivientes) y otros dos meses más para iniciar su pago –*ingreso en nómina de pensionados*-, término que se vencía el **19 de marzo de 2009**, por lo que es a partir del día siguiente a tal calenda -*20 de marzo de 2009*- en que empiezan a correr los intereses moratorios.

Lo anterior, tiene como sustento, el hecho de que no puede permitirse a la entidad aseguradora que exceda los límites contenidos en la Ley para resolver las peticiones que se le presenten, máxime cuando, como en este caso, debió de reconocer la pensión a la actora en un 50% en su condición de cónyuge, como quedó demostrado.

Sin embargo, también es claro que con la mentada resolución, proferida el 17 de junio de 2009, se le negó la pensión a la demandante y no presentó los recursos de ley, pero se le reconoció a su hijo con el respectivo retroactivo, que se anunció, sería efectuado su pago en la nómina del mes de julio, pagadera en el mes de agosto de 2009.

Como quiera que la demandante reclamó dicho retroactivo y se presume que siguió cobrando la pensión en representación de su hijo, por lo menos hasta que cumplió la mayoría de edad, a juicio de esta Corporación, en ese momento se interrumpió el pago de los intereses moratorios y, en consecuencia, el pago de los mismos será desde el 20 de marzo de 2009 y hasta el 30 de julio de 2009, periodo anterior al que se inició el pago de dicha prestación.

Por lo anterior, esta Colegiatura considera pertinente modificar el numeral tercero de la sentencia, en este sentido.

Sin lugar a condena en costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación, de conformidad con lo reglado en el numeral 1º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

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.- **MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2011 por el Juzgado Primero Adjunto del Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARTHA LILIANA SIERRA URIBE** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y **ANDRÉS FELIPE LONDOÑO SIERRA**.

En consecuencia, dicho numeral quedará así:

> "**TERCERO**. **ORDENAR** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** que reconozca y pague a favor de la señora MARTHA LILIANA SIERRA URIBE, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 20 de marzo y hasta el 30 de julio de 2009".

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO.- Sin lugar a condena en costas en esta instancia.

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

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ **HUMBERTO ALBARELLO BAHAMÓN**

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA
Secretaria