



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA LABORAL**

Radicación No. 110013105 027 2009 00291 01

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

En Bogotá, D.C., siendo las cuatro de la tarde (4:00 p.m.), del cinco (5) de mayo de dos mil diez (2010), hora y fecha previamente señaladas para llevar a cabo audiencia de juzgamiento en el presente proceso ordinario laboral promovido por **Marleny Jiménez Gómez** contra **Instituto de Seguros Sociales**, los suscritos Magistrados de esta Sala de Decisión se constituyeron en audiencia pública y luego de deliberar dictaron la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

1. Pidió la parte actora en su demanda se condene a la accionada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en un 50% a favor de la cónyuge supérstite del causante José Hernando Rodríguez Reyes, señora Marleny Jiménez Gómez, y el restante 50% para su hija menor de edad Sandra Marleny Rodríguez Jiménez, al igual que por los respectivos intereses moratorios por el no pago de las mesadas pensionales insolutas, sumas que deberán ser indexadas, finalmente que se condene a los gastos y costas del juicio.

Las anteriores pretensiones se fundamentaron en síntesis en que el señor José Hernando Rodríguez Reyes nació el 12 de octubre de 1949; que estuvo afiliado al I.S.S. para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cotizando un total de 1028.28 semanas entre el 19 de febrero de 1970 y el 20 de mayo de 1992; que al 1° de abril de 1994 el señor Rodríguez Reyes contaba con 44 años, por lo que era beneficiario del régimen de transición; que el señor Rodríguez Reyes falleció el 27 de junio de 2005; que contrajo matrimonio con la señora Marleny Jiménez el 18 de agosto de 1988, quien dependía económicamente del causante desde entonces;



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

que de esa unión fue procreada la menor Marleny Rodríguez Jiménez; que el 10 de mayo de 2007 la actora solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al I.S.S., siendo negada mediante Resolución No 031038 de 24 de julio de 2008; que contra dicha decisión no se interpusieron los recursos de la vía gubernativa.

2. Contestó la entidad demandada con oposición a las pretensiones. Dijo que después de hacer el análisis y el estudio de la documentación sobre la prestación económica del causante, denegó la pensión de sobrevivientes deprecada, ya que el asegurado durante su vida no cotizó el número de semanas exigido por la ley, teniéndose que al momento de su fallecimiento ocurrido el 27 de junio de 2005, le era aplicable la Ley 797 de 2003; se opuso también a la pretensión referida a los intereses moratorios alegando que éstos sólo proceden por mora en su pago, que en este caso no se presentó, pues las mesadas se pagaron retroactivamente atendiendo la fecha de la solicitud. Propuso las excepciones de fondo que denominó compensación, prescripción, inexistencia de la obligación, carencia del derecho y falta de agotamiento de la vía gubernativa.

3. El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió el conocimiento de este asunto, adelantado el trámite, puso fin a la primera instancia con sentencia de 5 de noviembre de 2009, por medio de la cual condenó al ente enjuiciado a reconocer y pagar a las demandantes la pensión de sobrevivientes a partir del 27 de junio de 2005, junto con la mesada adicional de junio, en cuantía inicial que debe ser establecida de conformidad con los parámetros del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que pueda ser inferior al salario mínimo, debidamente indexada a la fecha de su pago, junto con los intereses moratorios sobre las mesadas dejadas de pagar desde su causación hasta cuando efectivamente se realice el pago, pensión que reconoció en un 50% a favor de la cónyuge supérstite y en otro 50% a favor de la hija menor de edad, mientras ésta permanezca en estado de imposibilidad por estudio o salud, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a la parte demandada.



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

Fundamentó lo decidido en que para el 1º de abril de 1994, el causante tenía 44 años de edad, por lo que resulta beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo aplicable el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, situación que no fue advertida por el I.S.S. al emitir la Resolución por medio de la cual negó la pensión de sobrevivientes a la cónyuge y a su hija, la que fue resuelta a la luz de la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta el régimen de transición; adujo que al momento de ocurrir el fallecimiento del causante, éste dejó cotizadas 1028 semanas, reuniendo el segundo de los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, determinando que la demandante es beneficiaria de la prestación por ser cónyuge sobreviviente del asegurado fallecido, al igual que la menor Marleny Rodríguez en su condición de hija del causante, por lo que les asiste el derecho a las dos demandantes a que se les reconozca la pensión de sobrevivientes causada por el deceso del señor Rodríguez Reyes, desde el día de su fallecimiento. Respecto a los intereses moratorios manifestó que la demandada injustificadamente se ha negado a reconocer la pensión de sobrevivientes, siendo claro que la entidad resolvió la petición conforme a la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta el régimen especial que cobijaba al actor, por lo que impuso los intereses moratorios sobre las mesadas dejadas de pagar, accediendo también a la indexación de las mesadas pensionales causadas y no pagadas desde el momento de su causación hasta cuando se realice el pago teniendo en cuenta el I.P.C. certificado por el DANE.

4. Inconforme la procuradora judicial del extremo demandado, apeló para que se revoque el fallo apelado y en su lugar se absuelva a su procurada, alegando que para la fecha de fallecimiento del asegurado se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, por lo que es esta normativa la que debe aplicarse al caso de autos para acceder a la pensión de sobrevivientes reclamada, teniéndose que conforme a ella el causante en vida no cotizó el número mínimo de semanas allí exigido para causar a favor de sus causahabientes la prestación que nos ocupa, sin que pueda acudir al régimen de transición que es exclusivo de las pensiones de vejez, máxime que el causante tampoco acumuló las 50 semanas dentro de los últimos tres años a que alude el artículo 46 de la Ley 100, modificado por la Ley 797, deduciendo de ello la improcedencia de los intereses moratorios reclamados.



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

CONSIDERACIONES

Se advierte que no gravita causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, encontrándose debidamente configurados los presupuestos procesales, por lo tanto, procede la Sala a desatar el recurso interpuesto.

La demandante señora Marleny Jiménez Gómez persigue el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge José Hernando Rodríguez Reyes ocurrido el 27 de junio de 2005, para sí y para su menor hija Sandra Marleny Rodríguez Jiménez, en proporción del 50% para cada una, pretensión acogida por el fallador de primer grado al amparo del régimen de transición, bajo los condicionamientos contenidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, decisión a la que se opone la accionada, para quien la situación jurídica debe decidirse conforme las exigencias contempladas en la Ley 797 de 2003, por ser la norma vigente al momento del deceso del afiliado.

Lo primero por decir a ese respecto es que, tal como lo alega la impugnante, los derechos pensionales derivados de la muerte de su titular se rigen por las normas vigentes a la fecha de ocurrencia de este hecho¹, con lo cual, como quiera que el deceso del causante ocurrió el 27 de junio de 2005², la prestación de sobrevivencia que nos ocupa se encuentra gobernada por las disposiciones de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en los términos que fueron modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 respectivamente, por ser éstas normas de orden público, que producen efecto general inmediato, conforme lo dispone el artículo 16 del C.S.T., disposición que, como se ha aceptado, también tiene aplicación en asuntos de seguridad social como el que nos ocupa, sin que a tales efectos pueda acudirse por transición de la citada norma (artículo 36) a las disposiciones que previamente venían gobernando el asunto, pues este beneficio opera exclusivamente para las pensiones de vejez, y así lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia:

¹ C.S.J. Sala de Casación Laboral Sentencia Radicación 21199 del 26 de marzo de 2004 M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza

² Ver folio 8



Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral

*“La razón acompaña a la censura en el reproche que le hace a la sentencia del Tribunal pues indebidamente acudió al régimen de transición del artículo 36 de la [Ley 100 de 1993](#) para aplicar la normatividad anterior a esta preceptiva y, así, conceder la pensión de sobrevivientes deprecada por la parte actora. En efecto, el ad quem estimó que dicho régimen se allanaba al asunto en atención a que para la fecha en la que entró en vigencia el nuevo sistema general de pensiones, el causante cumplía con las exigencias del artículo 36 *ibídem* para ser beneficiario de la transición, razón que lo llevó a aplicar el Acuerdo 049 de 1990, dándole así a la norma una inteligencia equivocada puesto que de su lectura no es posible concluir que ella sea pertinente para regular las situaciones surgidas respecto de la pensión de sobrevivientes, en tanto su aplicación está limitada a la prestación por vejez”.*³

En este orden de ideas, se equivocó el juzgador de primer grado cuando analizó el caso de autos al amparo de lo preceptuado en una disposición para entonces derogada, como lo es el Acuerdo 049 de 1990, siendo que, atendiendo la fecha de deceso del causante, las normas que gobiernan el asunto en discusión, en materia de pensión de sobrevivientes, no son otras que las contenidas en la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, y acorde con las previsiones del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, a fin de dejar causada a favor de sus beneficiarios la prestación de sobrevivencia, era menester que el causante hubiere cotizado siquiera 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, y que tuviera una fidelidad al sistema equivalente al 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de su fallecimiento⁴.

³ C.S.J. Sala de Casación Laboral Sentencia Radicación 31932 del 20 de agosto de 2008 M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza

⁴ Artículo 12.

El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. 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 causada 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 del fallecimiento....”



Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral

En el caso de autos, al amparo de dicha preceptiva, la demandante no tendría derecho a la pensión pretendida al no darse los requisitos que trae la norma en comento, pues el señor José Hernando Rodríguez Reyes no cotizó durante los tres años anteriores a su deceso siquiera una semana, pues su última cotización al sistema de pensiones la verificó en el ciclo correspondiente al mes de mayo de 1992⁵.

Sin embargo, el párrafo primero del artículo 12 en mención, determinó que cuando el afiliado hubiere cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que hubiera tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, los beneficiarios tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de ley, siendo el monto de la prestación en estos eventos el 80% del monto que le hubiera correspondido al causante en una pensión de vejez⁶, dejando a salvo con ello la prestación de sobrevivencia para aquellos afiliados que en vida hubieren acumulado la densidad de semanas para causar su pensión de vejez en el régimen de prima media, pese a no tener cumplidos los requisitos inicialmente enunciados por la misma disposición.

Para nuestro caso, por ser el causante beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al contar con 44 años de edad al 1º de abril de 1994⁷ y tener acumulados para esa misma fecha más de 15 años cotizados al I.S.S. Pensiones⁸, los requisitos para obtener su **pensión de vejez** eran los contenidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que se reducen a arribar a los 60 años de edad los hombres, y acumular un mínimo de 500 semanas cotizadas al I.S.S. durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o 1000 en cualquier tiempo, cumpliendo el

⁵ Ver folios 11 y 12

⁶ **Artículo 46** Modificado por art. 12 Ley 797/03: (...) **Parágrafo 1º**- Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2º de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.... “

⁷ Ver folio 7

⁸ Ver folios 11 y 12



Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral

causante en materia de cotizaciones el segundo de los supuestos enunciados, en la medida en que, a lo largo de su vida laboral reunió un total de 1.028 semanas de cotización al I.S.S., según se desprende de la historia laboral de aportes arrimada al plenario⁹, acumulado que le permitía acceder a su prestación de vejez al alcanzar la edad mínima allí definida, habilitando con ello a sus causahabientes para obtener la pensión de sobrevivientes que nos ocupa al momento de presentarse su deceso.

En un caso de similares características, la Corte Suprema de Justicia definió el tema en forma semejante, al expresar que:

“Así las cosas, la Ley 797 de 2003 al entrar en vigencia desde su publicación el 29 de enero de esa anualidad, es inmediatamente aplicable, en los términos del artículo 16 del C.S. del T., disposición que también se aplica a los asuntos de la seguridad social, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, según la cual “Las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato”.

(...)

Acorde con el anterior criterio jurisprudencial, que aun se mantiene y en esta oportunidad se reitera, el ad quem incurrió en los errores jurídicos que le enrostra la censura, y en consecuencia los cargos son fundados, lo cual releva a la Sala de abordar el estudio del tercero que tiene igual finalidad.

*No obstante lo anterior, la sentencia recurrida no podría anularse, porque a la misma conclusión del Tribunal tendría que llegar la Corte en sede de instancia, dado que **el párrafo 1° del mencionado artículo 12 de la Ley 797 de 2003, dejó a salvo las pensiones de sobrevivientes de los afiliados fallecidos que hubiesen cotizado el número mínimo de semanas requerido en el régimen de prima media para tener derecho a una pensión de vejez.** Dicha preceptiva es del siguiente tenor:*

(...)

*Ahora bien, el afiliado Sanín Rodríguez estaba cobijado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al haber nacido el **18 de diciembre de 1949**, como se desprende del registro civil que obra a folio 26, es decir que cuando entró en vigencia dicha normatividad, tenía 44 años de edad; por lo que al haber cotizado al sistema **1.019 semanas** – entre marzo de 1971 y febrero de 1992 folios 29 a 34-, una vez llegara a los 60 años de edad, el 18 de diciembre de 2009, hubiera tenido derecho a la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el*

⁹ Ver folios 10 a 34



Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral

artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, y en esa medida se cumple el requisito establecido en el aludido párrafo para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.¹⁰

A efectos de cuantificar la prestación que nos ocupa, la que resulta equivalente al 80% de la pensión de vejez que le habría correspondido al causante, tal como lo pregona el inciso segundo del párrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, tenemos que, verificadas las operaciones aritméticas correspondientes, la prestación de vejez del causante José Hernando Rodríguez, atendiendo el número de semanas acumuladas, habría ascendido a la suma de \$403.371,00, por lo que la de sobrevivientes a favor de las demandantes, que corresponde al 80% de la suma anterior, alcanzaría los \$322.697,00, valor que por resultar inferior al salario mínimo vigente para el año 2005, habrá de equipararse a éste, al tenor de lo normado por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, suma respecto de la cual se aplicarán los reajustes de ley, y en tal sentido se modificará la decisión de primer grado.

En cuanto a los intereses moratorios impuestos, tenemos que, la mora a que alude el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, impone accesoriamente el pago de tales réditos, sin tener en cuenta si medió o no buena fe de la entidad obligada, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno, toda vez que para que se configure el derecho al pago de los intereses de mora solamente es necesario verificar el *incumplimiento del deber de la entidad de reconocer la prestación a su cargo **en forma oportuna***.¹¹

En el caso de autos encontramos que, se cumplen los supuestos legales de la disposición en cita, en medida que, el término legal de reconocimiento del derecho prestacional que nos ocupa fue ampliamente superado por el I.S.S., quien no atendió favorablemente la petición pensional elevada por la actora el 10 de mayo de 2007, según lo informa en el hecho catorce de su demanda, que fue aceptado por la accionada en su contestación, procediendo a denegar su derecho

¹⁰ C.S.J. Sala de Casación Laboral sentencia Radicación 36641 del 1° de septiembre de 2009 M.P. Luis Javier Osorio López

¹¹ C.S.J. Sala de Casación Laboral Sentencia de 27 de febrero de 2004, Rad. 21892



Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral

mediante Resolución 031038 de 2008¹², aún cuando, como quedó visto se cumplían las exigencias legales para conceder la prestación a su favor.

Es así como el término máximo con que contaba el I.S.S. para pronunciarse favorablemente sobre la solicitud elevada por la peticionaria venció el día 10 de septiembre de 2007, cuando se cumplieron los 4 meses subsiguientes a la presentación de la reclamación, pese a lo cual, ante la negativa de la accionada a reconocer su derecho, tuvo que acudir la demandante ante la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el reconocimiento de su prestación por vía judicial, encontrándose la accionada en mora de reconocer y pagar dicha prestación desde el 11 de septiembre del 2007¹³, con lo cual, esta condena era procedente, pero no desde la fecha de causación de la prestación como la impusiera el *a quo*, sino desde cuando incurrió en mora el I.S.S. en el pago de la prestación, esto es, a partir del 11 de septiembre de 2007, y en esa medida habrá de modificarse el fallo impugnado.

Costas

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero.- Modificar el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, proferida el 5 de noviembre de 2009 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar disponer que la cuantía de la

¹² Ver folios 13 a 16

¹³ La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre el término a partir del cual incurre en mora el ente pensional en el pago de la prestación a su cargo, en forma semejante a la aquí expuesta, siendo del caso citar entre otras las siguientes sentencias: Radicación 32003 del 12 de diciembre de 2007, M.P. Dra. Elsy Cuello Calderon; Radicación 33059 del 15 de diciembre de 2008 y 33233 del 15 de mayo de 2008, M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.



*Tribunal Superior de Bogotá, D.C.
Sala Laboral*

pensión de sobrevivientes será equivalente al salario mínimo legal vigente, y se reajustará en la misma proporción en que aquél se incremente.

Segundo.- Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive del fallo apelado en el sentido de Condenar a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre todas y cada una de las mesadas causadas y no pagadas, a partir del **11 de septiembre de 2007**, y en adelante, hasta que se verifique su pago.

Tercero.- Confirmar en lo demás el fallo apelado.

Cuarto.- Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Esta providencia queda notificada en estrados a las partes.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se firma por quienes en ella intervinieron, una vez leída y aprobada.

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

JORGE LUÍS QUIROZ ALEMÁN
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado