

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

Magistrado Ponente

Radicación N° 26692

Acta N°. 31

Bogotá D.C, dieciocho (18) de mayo de dos mil seis (2006).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A. COLFONDOS, contra la sentencia del 18 de febrero de 2005, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en el proceso que a la sociedad recurrente y a WLADISLAO HAJDUK KURON le promovió EDITH DEL CARMEN GARCÉS ESCOBAR, en calidad de compañera permanente del causante DIEGO JOSE CUADRADO RACERO y representante de sus hijas menores YURLEY y YULIANA ANDREA CUADRADO GARCÉS.

I. ANTECEDENTES

La citada accionante, en las calidades indicadas demandó en proceso laboral a la entidad COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A. COLFONDOS, para que se le condenara al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de ésta y de sus representadas, por causas de origen común, con ocasión del fallecimiento de DIEGO JOSE CUADRADO RACERO, con los incrementos de ley, la indexación de las mesadas pensionales causadas y las costas.

Como fundamento de las anteriores pretensiones esgrimió que Diego José Cuadrado Racero laboró para Wladislao Hajduk Kuron desde el 29 de agosto de 1984 hasta el 28 de julio de 1995, fecha en la que falleció violentamente en las oficinas de la finca Polonia, donde se desempeñaba como trabajador de oficios varios, devengando un salario aproximado de \$360.000,00 mensuales; que en vida el trabajador se trasladó de régimen vinculándose a COLFONDOS a partir del 1° de enero de 1995; que inicialmente se consideró que el causante había muerto por causa o con ocasión de un accionante de trabajo y que el empleador se encontraba en mora en el pago de aportes a la ARP del Instituto de Seguros Sociales, y es por esto que se demandó al patrono para el reconocimiento de algunas prestaciones y la respectiva pensión de sobrevivientes, proceso que estableció la condición de compañera permanente de la hoy accionante pero terminó absolviendo al demandado, al estimarse que el derecho pensional no era de origen profesional sino común; que en estas condiciones es la entidad ahora demandada la llamada a responder por el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes por causas de origen común; que al reclamar directamente a COLFONDOS, se le contestó que sólo tenía derecho a recibir la devolución del bono pensional.

El Juez de conocimiento que lo fue el Laboral del Circuito de Apartadó, con proveído que data del 28 de marzo de 2003, dio por no contestada la demandada por estar presentada en forma extemporánea (folio 64), sin embargo en la primera audiencia de trámite decretó de oficio las documentales anexas al escrito de contestación (folio 81).

En la primera audiencia de trámite, el funcionario judicial de primer grado, dispuso integrar el contradictorio con el señor WLADISLAO HAJDUK KURON, de quien se dice era el empleador del causante, al cual se le emplazó por desconocerse su domicilio actual y se notificó a través de Curador Ad-litem (folio 65 a 76), auxiliar de la justicia que dio respuesta al libelo demandatorio oponiéndose a la prosperidad de los pedimentos de la demanda inicial, por virtud de que en lo tocante a la pensión de sobrevivientes, hubo un proceso anterior con sentencia absolutoria, presentándose cosa juzgada a favor del empleador; respecto a los hechos, aceptó de conformidad con la documentación obrante en el proceso, la relación laboral con el causante, los extremos temporales, el cargo, el lugar de trabajo, el traslado de régimen y la consecuente vinculación a COLFONDOS, la existencia del primer litigio que cursó en el Juzgado Laboral del Circuito de Apartadó, su trámite y decisión final, y frente a los demás supuestos fácticos dijo que no le constaban y que debían probarse; propuso como excepciones la cosa juzgada y la prescripción (folio 77 y 78).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento le puso fin a la primera instancia, mediante sentencia del 12 de noviembre de 2004, en la que condenó a la entidad demandada COLFONDOS a reconocer y pagar a la demandante, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijas menores Yurley y Yuliana Andrea Cuadrado Garcés, las mesadas causadas por pensión de sobrevivientes de origen común desde el día 28 de julio de 1997 y hasta el 31 de octubre de 2004, equivalentes a la suma de \$31.832.825,0, y a partir del 1° de noviembre de 2004 una mesada pensional de \$179.000,00 para cada una de las beneficiarias, esto es, respecto a Edith del Carmen Garcés Escobar y a las citadas menores en partes iguales, sin perjuicio de los reajustes futuros, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año. Así mismo, absolvió al demandado WLADISLAO HAJDUK KURON de todas las pretensiones impetradas en su contra, e impuso las costas a la sociedad accionada.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, Sala Laboral, por apelación de la demandada COLFONDOS conoció del proceso y con sentencia calendada el 18 de febrero de 2005, confirmó la decisión de primer grado.

El ad-quem comenzó por advertir que compartía el criterio del a quo, en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa en el asunto a juzgar, habida cuenta que a la luz de lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y la reiterada jurisprudencia nacional, la pensión de sobrevivientes implorada con fundamento en dicho principio estaba a cargo de la entidad de seguridad social ahora demandada; que las semanas cotizadas en uno y otro sistema se deben tener en cuenta y concretamente las efectuadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, según lo tiene previsto el artículo 13 literal f) del citado ordenamiento; que está demostrado que la actora tenía la calidad de compañera permanente del fallecido Diego José Cuadrado Racero, como la representación de sus hijas menores Yurley y Yuliana Andrea Cuadrado Garcés, así mismo que el causante siendo trabajador de Wladislao Hajduk Kuron, estuvo afiliado al Instituto

de Seguros Sociales desde el 14 de abril de 1987 por lo que cotizó 402.7143 semanas, y que luego se trasladó de régimen a partir del 1° de enero de 1995 a COLFONDOS; que si bien para el momento del deceso de origen común que se produjo el "25 (sic) de julio de 1995", el asegurado no había aportado las 26 semanas exigidas dentro del nuevo sistema de seguridad social, sí tenía 300 semanas cotizadas con el régimen anterior, lo cual le confiere el derecho a los beneficiarios de la prestación económica reclamada.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal textualmente arguyó:

"(.....) Analizados en su conjunto los argumentos expuestos en la sentencia recurrida, la actuación surtida en el presente proceso y el acervo probatorio recaudado a lo largo del mismo, la Sala se ubica en identidad de criterio con el a quo y en consecuencia, dicha providencia habrá de confirmarse en su integridad ya que dicho funcionario tuvo una acertada comprensión de lo debatido y de la misma manera aplicó correctamente la normatividad pertinente, a más de los bien traídos pasajes jurisprudenciales en que se apoyó para su decisión.

Como quiera el punto a dilucidar en esta instancia, atendiendo la sustentación del recurso, lo constituye la aplicación al presente evento del **principio de la condición más beneficiosa**, a ello se pasa a continuación ya que en el proceso a más de que no fueron objeto de discusión, se acreditaron fehacientemente aspectos tales como que el señor Diego José Cuadrado Racero laboró al servicio del señor Wladislao Hajduk Kuron en finca de propiedad de éste; que estuvo afiliado al Régimen de Pensiones en el Instituto de Seguros Sociales a partir del 14 de abril de 1987, donde cotizó 402.7143 semanas; que el día 1° de enero de 1995 se trasladó al Fondo de Pensiones Obligatorias de la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. COLFONDOS; que estando trabajando, falleció el 25 (sic) de julio de 1995 sin que se haya objetado el origen común de su muerte; que para la fecha de su deceso no había cotizado al sistema general de pensiones, las 26 semanas que exige la Ley 100 de 1993 para que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes puedan acceder a ella; y que la aquí demandante actúa en nombre propio como compañera permanente del finado Cuadrado Racero, y en representación de sus hijas menores Yurley y Yuliana Andrea Cuadrado Garcés. Así lo evidencia la profusa prueba documental obrante a folios 6, 8, 9, 10 a 15, 16 a 30, 46, 47, 51, 88, 90, 86, 89, 93 a 99, 105, 107, y 109 a 128, entre otros.

Entrando en materia, la Sala, apartándose de la mayoría de planteamientos de la censura con los que pretende quebrar el fallo que ataca, considera que la pensión aquí deprecada, a la luz de lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 y la reiterada jurisprudencia nacional dentro del marco del principio de la condición más beneficiosa, es obligación de la compañía accionada como acertadamente lo definió el a quo.

Frente al punto objeto de inconformidad, debe decirse que si bien es cierto como lo anota el impugnante, que el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 establece que los regímenes del sistema general de pensiones son excluyentes y que cada uno de ellos tiene su propia y especial regulación, también lo es que el artículo 13 de la citada ley en su literal f), dispone que para el reconocimiento de pensiones y prestaciones contempladas en ellos, se deben tener en cuenta las cotizaciones hechas con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, por lo que fuerza inferir que esas semanas cotizadas tienen plena validez y por tanto, deben ser contabilizadas con las aportadas en el nuevo régimen, circunstancia ésta presentada en este caso.

No existiendo duda que el señor Diego José Cuadrado Racero, mientras estuvo laborando cotizó más de trescientas (300) semanas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 como se certifica a folios 105; y a pesar de no haber cotizado al sistema general de pensiones por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de su muerte, a sus beneficiarios les asiste el derecho a la prestación económica que se reclama a través de esta acción, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año como ya se anotó en párrafos anteriores.

A propósito del tema en cuestión y para evitar incurrir en repeticiones, toda vez que esta Sala adoptando como criterio auxiliar para decidir lo pertinente en este caso ha acudido al plasmado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias proferidas el 13 de agosto de 1997, radicación 9558 y el 5 de septiembre de 2001, radicación 15667, reiterada en providencia del 8 de septiembre de 2004, radicación 22584, con el cual se ha identificado plenamente".

Finalizó el fallador de alzada su argumentación transcribiendo algunos apartes de las decisiones evocadas de esta Sala de la Corte, para concluir que no eran necesarias más reflexiones sobre el particular para confirmar el fallo de primer grado.

IV. EL RECURSO DE CASACIÓN

Inconforme con la determinación que antecede, la sociedad demandada interpuso el recurso extraordinario, a través del cual persigue que se CASE parcialmente la sentencia acusada, en cuanto confirmó la condena en su contra por \$31.832.825,00 a favor de las accionantes, por concepto de mesadas causadas por pensión de sobrevivientes de origen común desde el 28 de julio de 1997 al 31 de octubre de 2004, y dispuso reconocer a la actora y a sus hijas menores a partir del 1° de noviembre de 2004 una mesada en cuantía de \$179.000,00 a cada una de ellas, siendo para éstas últimas distribuido ese monto en partes iguales, sin perjuicio de los reajustes futuros, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año. En sede de instancia, solicitó se revoque el fallo del a quo respecto a estas mismas condenas, para que en su lugar se absuelva a COLFONDOS de aquellas y se provea lo pertinente en costas.

Con dicho propósito invocó la causal primera de casación laboral consagrada en los artículos 87 del C. P. del T. y de la S.S., 60 del Decreto 528 de 1964 y 7° de la Ley 16 de 1969, y formuló tres cargos que no fueron replicados por la parte actora, ni por el demandado Wladislao Hajduk Kuron, los cuales pese a estar orientados por vía distinta, se estudiaran conjuntamente por denunciar similares normas y perseguir un mismo fin, cual es demostrar que en el presente asunto no es dable aplicar la condición más beneficiosa.

V. PRIMER CARGO

Acusó la sentencia recurrida de violar por la **vía directa**, en la modalidad de **interpretación errónea**, los artículos "12, 13, 36, 46, 48, 73 y 74, de la Ley 100 de 1993; 3° de la Ley 153 de 1887"; lo que condujo a **aplicar indebidamente** los artículos "14, 35, 115, 142 y 151 de la Ley 100 de 1993; 13 del Decreto 692 de 1994; 48 y 53 de la Constitución Política; 6, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990 expedido por el Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990".

En el desarrollo del cargo, el recurrente luego de hacer alusión a lo sostenido por el ad quem en la decisión impugnada, planteó lo siguiente:

"(.....) Si bien es cierto, los regímenes pensionales consagrados en la Ley de seguridad social integral (solidario de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad) forman parte del sistema general de pensiones, y por ende tienen "medios de comunicación" entre sí, no es menos cierto que son independientes y autónomos y que las normas que regulan cada uno de ellos en principio no pueden trasladarse al otro; por eso es equivocada la interpretación que de las normas que gobiernan el régimen de solidario de prima media con prestación definida, en tratándose de la pensión de sobrevivientes, hizo en su sentencia el juzgador de segundo grado, como quiera que aun cuando es verdad que el mencionado sistema está compuesto por dos regímenes solidarios que coexisten, son EXCLUYENTES, según las voces del artículo 12 de la Ley 100 de 1993; por manera que si la misma Ley les dio esa connotación de excluyentes, no puede inferirse la afinidad derivada del criterio hermenéutico del ad quem.

El artículo 36 de la citada Ley de seguridad social prescribe que se pierden los beneficios del Régimen de Transición Pensional cuando un afiliado a prima media se traslada a ahorro individual; de donde emerge que si un afiliado al primero de ellos se traslada voluntariamente al segundo, asume las consecuencias de esa libre determinación, toda vez que el nuevo régimen al que ha decidido afiliarse (ahorro individual) administrado por los fondos privados, cuenta con una reglamentación diferente al anterior, y es esa la que debe cumplirse con todos los aspectos que a favor o en contra del asegurado pueda reportarle.

Es pertinente analizar que el sistema de financiación de las pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad es diferente al de prima media con prestación definida, pues mientras en este último se financia con el fondo común de naturaleza pública, en el de ahorro individual se edifica con el ahorro en la cuenta individual de cada afiliado al igual que con los rendimientos de esas cuentas, y cuando se produce el traslado de un afiliado al de los fondos privados se hace menester la emisión del respectivo bono pensional, en la forma como lo ordena el artículo 115 y subsiguientes de la Ley 100.

Por lo anterior, no es procedente pretender que las pensiones de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual puedan quedar financiadas con exigencias diferentes a las consagradas en los artículos 73 a 78 de la Ley 100 de 1993 (Capítulo 11 de la citada Ley).

Ahora bien, es cierto que el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 permite tener en cuenta las cotizaciones efectuadas en ambos regímenes, pero ello no permite cambiar los requisitos de la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual, toda vez que estas exigencias únicamente son las determinadas en el capítulo V del título III de la Ley de seguridad social, que no admite que los afiliados inactivos puedan causar en favor de sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes si no han cotizado las 26 de que tratan las normas del ahorro individual.

Nótese que la condición más beneficiosa es procedente para los beneficiarios de aquellos afiliados que al momento de la contingencia habían cumplido con un tope mínimo de cotizaciones, y en la medida en que se trate de un mismo régimen pensional (prima media), tal y como se desprende de las mismas sentencias de la Corte transcritas por el ad quem en el fallo atacado; empero es diferente el caso cuando es el afiliado (causante) quien decidió trasladarse por voluntad propia a un nuevo régimen que cuenta con una regulación propia, de donde reitero, lo ampara el alcance y consecuencia de la propia Ley 100 de 1993.

La errónea interpretación por parte del tribunal de las normas indicadas en la proposición jurídica

conduce a que a los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad se les apliquen indebidamente las normas establecidas única y exclusivamente para el otro régimen, esto es para quienes lo están en prima media con prestación definida (Acuerdo 049 de 1990), lo que podría resultar bastante grave para la estabilidad financiera del régimen que regula los fondos privados.

Si el juzgador de segundo grado no hubiera adoptado la equivocada hermenéutica que acogió no habría confirmado la decisión del a quo y por el contrario habría absuelto a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda".

VI. SEGUNDO CARGO

Atacó la sentencia acusada de violar por la vía **indirecta**, en el concepto de **aplicación indebida** los artículos "14, 35, 115, 142 y 151 de la Ley 100 de 1993; 13 del Decreto 692 de 1994; 48 y 53 de la Constitución Política 6, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990 expedido por el Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990, en relación con los artículos 12, 13, 36, 46, 48, 73 y 74, de la Ley 100 de 1993; 3° de la Ley 153 de 1887".

Esgrimió que la anterior violación de la Ley se produjo por haber cometido el Tribunal el siguiente error manifiesto de hecho:

"No dar por demostrado, estándolo, que al momento del fallecimiento del señor Diego José Cuadrado RACERO, su empleador Wladislao Hajduk Kuron se encontraba en mora en las cotizaciones del seguro de sobrevivientes, ya que en el año inmediatamente anterior al deceso solo había cotizado por el trabajador 22 semanas".

Expresó que este error de hecho tuvo origen en "la **falta de apreciación** del Oficio 294574 del 13 de abril de 1999 dirigido al Juzgado que conoció de este proceso en primera instancia por el Jefe del Departamento de Historia Laboral y Nomina de Pensionados del Instituto de Seguros Sociales (folio 102) y en la **apreciación errónea** de la Certificación de Colfondos sobre el saldo existente en la cuenta de ahorro pensional del señor Cuadrado RACERO (folio 47)".

En su demostración propuso la siguiente argumentación:

"(...) Para efectos de este cargo no se discuten los siguientes hechos que dio por establecidos el Tribunal: Que <el señor Diego José Cuadrado RACERO laboró al servicio de Wladislao Hajduk Kuron en finca de propiedad de éste; que estuvo afiliado al Régimen de Pensiones en el Instituto de Seguros Sociales a partir del 14 de abril de 1987, donde cotizó 402.7143 semanas; que el día 1° de enero de 1995 se trasladó al Fondo de Pensiones Obligatorias de la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. COLFONDOS; que estando trabajando, falleció el 25 de julio de 1995 sin que se haya objetado el origen común de su muerte; que para la fecha de su deceso no había cotizado al sistema general de pensiones, las 26 semanas que exige la Ley 100 de 1993 para que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes pueda acceder a ella; y que la aquí demandante actúa en nombre propio como compañera permanente del finado Cuadrado RACERO, y en representación de sus hijas menores YurLey y Yuliana Andrea Cuadrado Garcés>. Como el Tribunal en su relación de documentos valorados incluye expresamente el de folio 47, hay que creer que apreció dicha documental, pero lo hizo en forma errónea ya que de la misma se desprende la mora en las cotizaciones a Colfondos porque si bien el señor Diego José Cuadrado se afilió a dicha administradora de pensiones con fecha 6 de diciembre de 1994, figuraba con saldo en ceros en su cuenta de ahorro individual de pensiones obligatorias <por no presentar aportes en la cuenta>, lo que evidencia el protuberante desacierto del ad quem al no dar por establecido la mora en el pago de las cotizaciones para el seguro de

pensiones de sobrevivientes en las semanas precedentes a su deceso.

Lo dicho está plenamente corroborado con la certificación del propio Instituto de Seguros Sociales que obra a folio 102 del expediente la cual no fue estimada por el fallador de la alzada. Conforme a la misma el asegurado Diego José Cuadrado RACERO <fue afiliado al ISS a partir del abril 14/87 por parte de la empresa Bananera Polonia, patronal 02230109826 y hasta julio 28/95 fue afiliado de abril 14/87 a dic/94 para los riesgos de l.V.M. y riesgos a partir de enero 95 a julio 28/95 solo cotizó por salud>. Esto pone de manifiesto que no cotizó por pensiones, motivo por el cual la afiliación a Colfondos por parte de su empleador fue simbólica en lo atinente al riesgo de muerte. Es obvio que de no darse esa mora, el afiliado habría cumplido 26 semanas en el año anterior a su fallecimiento.

Por manera que si el tribunal hubiera apreciado correctamente el primer documento mencionado en este caso y si hubiera visto el segundo, necesariamente habría concluido que el último año de vida del señor Diego José Cuadrado Racero, su empleador se encontraba en mora en el pago de las cotizaciones, ya que sólo sufragó 22 semanas, que son insuficientes para el objetivo perseguido en este juicio, y por tanto no habría aplicado indebidamente las normas relacionadas en la proposición jurídica que lo llevaron a condenar ilegalmente a mi representada, sino que la habría absuelto de las pretensiones de la parte actora".

VII. TERCER CARGO

El recurrente acusó la decisión de segundo grado por la vía **directa**, en la modalidad de **interpretación errónea**, respecto de los artículos "14, 35, 115, 142 y 151 de la Ley 100 de 1993; 13 del Decreto 692 de 1994; 48 y 53 de la Constitución Política 6, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990 expedido por el Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990", lo que condujo a la **infracción directa** de los artículos "12, 13, 36, 46, 48, 73 y 74, de la Ley 100 de 1993; 3° de la Ley 153 de 1887 y 12 del Decreto 2665 de 1988".

El recurrente en la sustentación del cargo comienza por señalar lo sostenido por el juez colegiado en torno a la condición más beneficiosa, y pone de presente los supuestos fácticos establecidos en la decisión atacada, haciendo énfasis en el hecho de que para el último año anterior al deceso el causante cotizó "22.4285 semanas debido a la mora del empleador quien no hizo las cotizaciones de rigor" y continuó diciendo:

"(...) El criterio hermenéutico mayoritario de la Corte Suprema de Justicia en torno al alcance del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y al principio de la condición más beneficiosa, siempre ha estado inspirado en el presupuesto básico de que la falta de cotizaciones en las 26 semanas anteriores al deceso de un afiliado provenga de circunstancias diferentes a la mora de su empleador.

Es evidente que en tratándose del régimen de ahorro individual con solidaridad cuando un afiliado a un fondo de pensiones ha sufragado 26 semanas en el año anterior a su deceso los integrantes de su grupo familiar tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes respectiva, la cual estará inexorablemente a cargo de la administradora de pensiones y no del seguro social, independientemente de que el asegurado en el pasado hubiese efectuado aportaciones a este Instituto en un número superior a las 300 semanas.

Existen tres situaciones jurídicas distintas: 1). Cuando el afiliado falleció con más de 300 semanas cotizadas inicialmente al ISS antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pero su deceso se produjo dentro de la vigencia de esta Ley sin completar las 26 semanas requeridas en el último

año anterior a su deceso y 2). Cuando el afiliado cotizó al ISS más de 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pero falleció en vigencia de esta Ley y en el año anterior a su muerte hizo aportaciones a un fondo de pensiones con una densidad superior a las 26 semanas. 3). Cuando el afiliado cotizó al ISS más de 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; falleció en vigencia de esta Ley y en el año anterior a su muerte hizo aportaciones a un fondo de pensiones con una densidad inferior a las 26 semanas, debido a mora patronal en el pago de cotizaciones.

En el primer evento, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa y de los otros fundamentos constitucionales y legales expuestos ampliamente por la jurisprudencia, ha considerado la Corte Suprema de Justicia que quienes se encuentren en esa hipótesis tienen derecho a la pensión de sobrevivientes a cargo de la última administradora de pensiones donde estuvo afiliado el asegurado al momento de su fallecimiento. En la segunda hipótesis también se llega a la misma conclusión pero el fundamento no es de la primera sino la aplicación directa del artículo 46 de la Ley 100 de 1993. En la tercera hipótesis, la deficiencia en la densidad de cotizaciones se origina en la omisión del empleador, quien es el responsable de su proceder negligente o culpable, y por tanto dicha responsabilidad no puede recaer en la administradora de pensiones que nada tuvo que ver en la culpa o comportamiento patronal.

No puede perderse de vista que si el empleador cumple debidamente con su obligación de cotizar, ya no se estaría en presencia de la tercera hipótesis sino de la segunda, y en tal evento es claro que por reunirse los presupuestos legales es la entidad administradora la que asume el riesgo de muerte y por tanto debe pagar la pensión de sobrevivientes, consecuencia jurídica que no puede achacársele frente a la conducta morosa del obligado directo a efectuar las cotizaciones pertinentes, porque sería permitir el traslado de culpas, contra los principios y valores constitucionales que lo proscriben.

No sobra agregar que las consecuencias del incumplimiento patronal de las obligaciones laborales han sido definidas por la jurisprudencia de esa respetable Sala en múltiples sentencias en las cuales se ha precisado que es el empleador responsable de ese comportamiento quien debe asumir los efectos jurídicos del mismo, esto es el pago total o parcial de la obligación pensional, según el caso.

Si la consecuencia de la exégesis prohijada por el Tribunal fue la aplicación de normas anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, ha debido proceder en forma coherente y aplicar el artículo 12 del Decreto 2665 de 1988 que establece lo siguiente:

<EFECTOS DE LA MORA. En el período de mora en el pago de los aportes y haciendo salvedad de las prestaciones ya causadas, el Instituto queda relevado de la obligación de otorgar las prestaciones económico asistenciales propias de los Seguros de Enfermedad General, Maternidad, Servicio Médico Familiar, Invalidez, Vejez y Muerte, Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, correspondiéndole al patrono su reconocimiento la forma y cuantía en que el ISS las hubiere otorgado si no hubiere existido la mora.

No obstante lo dispuesto anteriormente y sólo cuando se trate de casos de urgencia o de accidente de trabajo, el ISS concederá durante el período de mora, los servicios de salud causados durante dicho período, debiendo el patrono reembolsarle el valor de los mismos a las Tarifas del ISS, junto con los intereses corrientes bancarios causados desde que se concedió la prestación a la fecha en que mediante resolución se ordene su reembolso, fecha a partir de la cual se deberán los intereses moratorios bancarios.

El valor del reembolso a que haya lugar de conformidad con esta disposición, se cobrará a través de Nota débito y se deberá cancelar, según el caso, con la facturación o autoliquidación correspondiente, o con el compromiso de pago, o se cobrará ejecutivamente>."

Conforme a este precepto es claro que la pensión de sobrevivientes debe ser asumida por el empleador moroso y no por la respectiva entidad administradora de pensiones.

Si el Tribunal no hubiese interpretado equivocadamente los preceptos enlistados en la proposición jurídica de este cargo, y por el contrario, hubiera acogido la exégesis de la Corte Suprema, compartida por esta acusación, habría colegido que no es la administradora demandada quien debe asumir la obligación pensional, sino el empleador moroso y responsable de su proceder omisivo, y por tanto habría aplicado el artículo 12 del Decreto 2665 de 1988, y en consecuencia habría condenado al empleador moroso y habría absuelto a mi procurada".

VIII. SE CONSIDERA

Los cargos someten a consideración de la Corte dos temas distintos, pero ligados entre sí, el primero que apunta a demostrar cuál es el ordenamiento aplicable al asunto a juzgar en materia de pensión de sobrevivientes de origen común, dado que el Tribunal argumentó que por virtud del principio de la condición más beneficiosa era la normatividad anterior contenida en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al paso que la censura sostiene que es la que rige al momento del fallecimiento del afiliado, esto es, conforme a los artículos 46, 48, 73 y 74 de la Ley 100 de 1993; y el segundo orientado a acreditar que para la aplicación de la condición más beneficiosa, es menester que la falta de cotizaciones en las 26 semanas anteriores al deceso de un afiliado provenga de circunstancias diferentes a la mora del empleador, pues de producirse aquella, independiente que el asegurado hubiera alcanzado las 300 semanas en el régimen del ISS, es al patrono a quien le corresponde ante su incumplimiento asumir la respectiva pensión y no a la entidad administradora de pensiones; y en este orden abordará la Sala el estudio de las acusaciones.

Vista la motivación de la sentencia impugnada, el ad quem para confirmar la condena por pensión de sobrevivientes a cargo de COLFONDOS, en síntesis estimó apoyado en lo adocinado por esta Sala de la Corte, que en el sub lite tenía cabida el principio de la condición más beneficiosa a la luz de lo dispuesto tanto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política como en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año, asistiéndole el derecho a las demandantes como beneficiarias de acceder a la prestación económica reclamada con esta acción, por haber cotizado el occiso antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 más de 300 semanas, así no haya aportado al sistema general de pensiones por lo menos 26 semanas al momento de su muerte.

Al decir del recurrente, comparte entre otros, los siguientes fundamentos fácticos establecidos en la sentencia acusada: que DIEGO JOSE CUADRADO RACERO en vida laboró al servicio del demandado WLADISLAO HAJDUK KURON en la finca de propiedad de éste último; que el causante estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de abril de 1987, donde cotizó para el riesgo de pensión 402.7143 semanas; que luego éste se traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1° de enero de 1995; y que durante el último año que antecede a su fallecimiento que ocurrió el 28 de julio de 1995, estando afiliado a la sociedad demandada COLFONDOS, aquel no había cotizado al sistema las 26 semanas que exige la Ley 100 de 1993 para que los beneficiarios pudieran acceder a la pensión de sobrevivientes. La discrepancia fáctica del censor como se verá más adelante, se contrae únicamente a que el

sentenciador de segunda instancia, además de los anteriores hechos debió del mismo modo dar por probado que el citado empleador a la fecha de la muerte del afiliado se encontraba en mora, en la medida que en el último año sólo cotizó para pensión 22.4285 semanas que resultan insuficientes.

Pues bien, sea lo primero advertir que en principio le asiste razón al Tribunal, en cuanto infirió partiendo de los supuestos de hecho no discutidos, que pese a sobrevenir el fallecimiento del afiliado CUADRADO RACERO en vigencia de la Ley 100 de 1993, se podría aplicar la denominada condición más beneficiosa contemplada en el artículo 53 de la Constitución Política, al poseer éste más de 300 semanas cotizadas al ISS para el momento de entrada en vigor de la nueva Ley de Seguridad Social, máxime que el derecho de sus beneficiarios a gozar de la pensión de sobrevivientes de origen común, no se pierde por la circunstancia de que dicho asegurado se hubiere traslado del régimen de prima media con prestación definida (ISS) al de ahorro individual (COLFONDOS), pues lo primordial en estos eventos es el cumplimiento de las exigencias que antecedían a la Ley 100 de 1993 en lo que atañe a la densidad de semanas, tal como lo ha dejado sentado esta Corporación en muchos casos análogos, como por ejemplo en los pronunciamientos jurisprudenciales invocados por el juez de alzada y en la sentencia del 22 de noviembre de 2004 con radicación 23387, reiterada en decisión del 14 de julio de 2005 radicado 25090, ésta última proferida dentro de un proceso seguido contra la misma demandada COLFONDOS, donde en la primera de las mencionadas se puntualizó:

"(.....) 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 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 cambio 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.

Además, lo previsto en los artículos 13 literales f) y g) y 272 de la Ley 100 de 1993, que permiten tener en cuenta la suma de las semanas cotizadas en ambos sistemas y la posibilidad de inaplicar el sistema integral de seguridad social contemplado en la citada ley cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, en armonía con los principios de universalidad, solidaridad, equidad y proporcionalidad, reafirma el derecho que le asiste a la demandante para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Ciertamente, como lo pone de presente el opositor, esta Sala ya tuvo la oportunidad de estudiar el tema y en sentencia reciente del 8 de septiembre del año que avanza con radicación 22584, en la cual se reiteró lo dicho en decisión del 5 de septiembre de 2001 radicado 15667, la Corporación puntualizó lo siguiente:

<Frente al punto objeto de debate, cabe decir que la Corte no puede desconocer que si bien el artículo 12 de Ley 100 de 1993 establece que los regímenes del sistema general de pensiones son excluyentes y que cada uno de ellos tiene su propia y especial regulación, también lo es que el

artículo 13, literal f) de la misma normatividad prevé que para reconocer pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se deben tener en cuenta las cotizaciones hechas con anterioridad a la vigencia de dicha ley, entre otros al I.S.S.; que en su literal g) estableció que para tal reconocimiento en los dos regímenes se tendrían en cuenta la sumas de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos; y por su literal h) que en desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos por el artículo 12 de la presente ley garantizan a sus afiliados al reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la presente ley.

De manera que analizados armónicamente los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993 y atendiendo los principios de universalidad, solidaridad e integralidad instituidos en el artículo 2° de la precitada ley, resulta imperioso predicar que las semanas cotizadas por un afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida tienen plena validez y, por tanto, deben contabilizarse junto a las que aportó para el régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando quiera que aquel cambió de régimen dentro del Sistema General de Pensiones.

Del tema debatido, la Corte ya se ha ocupado. En sentencia del 5 de septiembre de 2001, radicación 15667, al considerar asunto de similares características a éste 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 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".

"Por lo tanto, siendo claro que el párrafo transcrito 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 6° 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>.

En el orden explicado, no cabe duda entonces que si LUIS ERNESTO RUIZ LONDOÑO, durante su vida laboral cotizó 799.13 semanas, en uno y otro régimen aludidos precedentemente, de las cuales fueron más de 300 antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, según se desprende de la documental de folios 46 a 51, y falleció sin haber cotizado el mínimo de 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a su muerte -31 de enero de 2000-, sus beneficiarios tienen derecho a la pensión de sobrevivientes que reclaman, en aplicación de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dentro del marco del principio de la condición más beneficiosa, ampliamente estudiada en la sentencia 9758, proferida el 13 de agosto de 1997 por esta Sala de la Corte, cuyos términos, como se vio, son válidos en este caso>.

El anterior pronunciamiento jurisprudencial transcrito, que no hay razón para modificar, pese al enjundioso esfuerzo argumentativo del recurrente, encaja perfectamente en el caso que se analiza, que permite hacer extensiva la aplicación de las normas que realmente gobiernan el asunto de marras, es decir, el literal a) del artículo 25, numeral 1° del artículo 27, en armonía con el literal b) del artículo 6°, del Acuerdo 049 de 1990, y colegir que la actora en su condición de cónyuge sobreviviente del asegurado fallecido, tiene derecho a que como beneficiaria se le reconozca la pensión de sobrevivientes que reclama a la entidad accionada, la cual debe recibir del ISS las cotizaciones que bajo ese sistema se efectuaron, mediante el respectivo bono pensional".

Sin embargo, aunque el juez de apelaciones hasta lo aquí dicho no equivocó su argumentación jurídica resultando por ende infundado el primer cargo encaminado por la senda del puro derecho, es de acotar que como lo indica el censor en el segundo y tercer ataque, en el sub examine surge un ingrediente adicional consistente en que respecto al sistema de ahorro individual, solo se cuenta con la mera afiliación del causante con fines al traslado de régimen, sin que aparezca posterior a este hecho semana alguna cotizada a la accionada COLFONDOS, lo cual indefectiblemente hace variar la situación pensional objeto de estudio, por virtud de que el empleador que fue llamado a integrar el contradictorio para poderse exonerar del pago de la prestación reclamada a través de esta acción, con cargo a cualquiera de las entidades que conforman el sistema de seguridad social integral, debió no sólo cumplir con la afiliación al fondo de pensiones, sino además cotizar efectivamente, lo contrario conduce a que como ocurrió en esta ocasión el citado traslado en verdad no surtió efecto alguno.

En estas condiciones, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en los términos antedichos no encaja al caso que ahora ocupa la atención a la Sala, pues en las oportunidades anteriores en que se ha responsabilizado al fondo de pensiones, los supuestos fácticos eran otros, valga decir, que además de poseer el asegurado las 300 semanas aportadas en el régimen de prima media con prestación definida antes de la Ley 100 de 1993, éste luego del traslado acumulaba cotizaciones realmente realizadas al sistema de ahorro individual y sí junto a estos aportes había ciertas semanas en mora, las mismas no afectaban suficientemente el total anual que antecedió a la muerte para concluir que se cotizó por el trabajador en ese período menos de las 26 semanas exigidas por la aludida Ley.

Ciertamente, no siendo en esta litis objeto de controversia que el causante cotizó un total de 402.7143 semanas, de las cuales al 1° de abril de 1994 contaba con 363.43, ello mientras estuvo afiliado para pensión en el Instituto de Seguros Sociales, así como que a partir del 1° de enero de

1995 se afilió a COLFONDOS en aras de trasladarse de régimen, confluye con estos hechos que el occiso para los ciclos del año 1995, en verdad no cotizó para pensión en ninguna de las mencionadas entidades de seguridad social, pues en el ISS de enero a julio de 1995 "solo cotizó por salud" y en Colfondos su saldo de estado de cuenta hasta el fallecimiento lo fue "ceros (0.0)", según se extrae de las pruebas denunciadas en el segundo cargo dirigido por la vía indirecta, como son el certificado del Jefe del Departamento de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del ISS de folio 102 y el reporte de períodos cotizados de COLFONDOS obrante a folio 47, lo que se traduce a que para el momento en que se produjo el deceso de Diego José Cuadrado Racero ocurrido el 28 de julio de 1995, aquel no estaba cotizando pese a haber diligenciado la afiliación a dicho fondo de pensiones y las 22 semanas que se aportaron en el último año lo fueron exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales y corresponden al lapso habido entre el 29 de julio al 31 de diciembre de 1994.

De suerte que, en el sub lite no hay densidad de semanas cotizadas en el sistema de ahorro individual, que se puedan considerar o sumar con las del régimen de prima media, en los términos previstos en los literales f), g) y h) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para dar cabida a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa por tener el asegurado más de 300 semanas en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, además que el acceder a un derecho pensional, implica no solo la afiliación sino también la cotización efectiva que contribuye a financiar la prestación económica, y no resulta lógico ni válido bajo esta óptica, que se obligue al fondo de pensiones a asumir el riesgo cuando en puridad de verdad la afiliación del trabajador para efectos del traslado no surtió efectos, al presentar cero (0) cotizaciones.

Aunque la afiliación determina la inclusión del trabajador en el sistema, para el caso al régimen de ahorro individual, la misma no se hace efectiva mientras no se cumpla el deber de cotizar, con mayor razón si la cotización como sucede en el presente asunto es nula o cero.

En resumen, para el caso en particular, resulta insuficiente el número de semanas aportadas en el régimen de prima media con prestación definida antes de Ley 100 de 1993, para que con fundamento en la condición más beneficiosa sea en esta oportunidad una entidad del sistema de seguridad social la que deba asumir la prestación económica reclamada, máxime cuando no se convocó al proceso al Instituto de Seguros Sociales.

Sobre esta específica temática es pertinente traer a colación lo expresado por la Corte en sentencia del 1º de noviembre de 2001 radicado 16006, dictada en un proceso adelantado contra un fondo de pensiones con características correlativas, en la que se dijo:

"(...) Para el Tribunal no cabe ninguna responsabilidad al empleador que por mora en el pago de las cotizaciones correspondientes a las contingencias cubiertas por el régimen de seguridad social integral, particularmente los riesgos de invalidez, vejez y muerte por causa no profesional, no alcance la densidad de cotizaciones que permita a unos de sus trabajadores acceder a las prestaciones respectivas con cargo a alguna de las entidades de dicho régimen, si cumplió diligentemente con su obligación de afiliación oportuna y si la misma superó las veintiséis semanas, pues tal responsabilidad sólo sería predicable en el evento de omisión absoluta en la susodicha afiliación.

En ese razonamiento está implícita una exégesis equivocada de las disposiciones que componen la proposición jurídica, que regulan el tema de los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes por riesgo común, la obligación en el pago oportuno de las cotizaciones y las consecuencias del incumplimiento de esa carga, ya que el ad quem entiende esas disposiciones

como si la anotada prestación se causara con cargo a la entidad administradora de pensiones siempre que el empleador haya cumplido con su deber de afiliación oportuna del trabajador y hayan transcurrido más de 26 semanas desde el inicio del vínculo laboral.

Tal alcance, sin embargo, se aparta abiertamente del texto literal de los reseñados preceptos, por cuanto ellos se refieren a semanas efectivamente cotizadas, o al pago efectivo de las cotizaciones, y no a la simple afiliación o al tiempo transcurrido desde esa diligencia o desde el comienzo de la relación de trabajo.

De manera que el Tribunal incurrió en el yerro jurídico que se le imputa, pues la jurisprudencia de esta Sala ha definido que cuando un trabajador fallecido no alcanza a cotizar el número de semanas exigidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para que la entidad de seguridad social respectiva pueda reconocerle a sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes y tal situación sea imputable a la mora del empleador en el pago de las cotizaciones, es a éste último a quien corresponde el reconocimiento y pago de tal prestación.

Así las cosas, hay que dejar en claro que la obligación patronal para exonerarse del pago de la prestación que aquí se reclama no se circunscribe a afiliar oportunamente al trabajador a los riesgos correspondientes, como de manera equívoca lo entendió el juzgador de segundo grado, sino que debe cumplir necesariamente con el pago oportuno de las cotizaciones.

(....)

En esas condiciones, cuando ocurrió el fallecimiento de Esquivel Moreno su empleador había dejado de cotizar y aquel tampoco cumplía con la densidad de cotizaciones requeridas por el artículo 46 de la Ley 100, razón por la cual el pago de la pensión no corresponde a Horizonte Pensiones y Cesantía S.A. sino a la empleadora pues fue la conducta de esta última la que frustró la posibilidad de que el sistema de seguridad social asumiera la pensión de sobrevivientes, para lo cual se reitera el criterio consignado en la sentencia del 29 de junio de 2001 antes citada, donde se dijo:

<Una de las principales características de un sistema de seguridad social es la de corresponder a un régimen contributivo que supone la obligación de cancelar unos determinados aportes por parte de los vinculados al mismo.

"Como ese postulado resulta esencial para el equilibrio financiero del sistema y su consiguiente viabilidad depende del recibo oportuno de las cuotas correspondientes, existe mucho celo en la exigencia de esa obligación y así se muestra claramente en la Ley 100 de 1993 y en sus decretos reglamentarios, disposiciones en las cuales no solo se enfatiza en la obligación de pagar oportunamente los aportes sino que se establece un régimen sancionatorio para los casos de incumplimiento. Los artículos 17 y 22 de la citada ley, señalan el derrotero inicial de ese deber y ubican en cabeza del empleador la mayor responsabilidad frente a su cumplimiento en los casos de relaciones laborales subordinadas¹⁴".

"¹⁴Frente a ello, como no puede concebirse la pérdida del derecho pensional reclamado por la incuria de la empleadora responsable del pago de las cotizaciones, resulta necesario ubicar la situación en la previsión legal correspondiente y sobre el particular el artículo 8° del Decreto 1642 de 1995, en forma concatenada con lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 2665 de 1988, impone al empleador privado incumplido la obligación de responder por la pensión de sobrevivientes que se llegare a causar en el tiempo de desprotección de su trabajador.

"Lo anterior significa que la obligada a responder por la prestación perseguida en este proceso es la Asociación de Copropietarios del Edificio Marina del Rey en su condición de empleadora del fallecido señor Luis Eduardo García Pérez, quien, como desafiliado del sistema general de pensiones para el momento de su fallecimiento, no pudo completar el mínimo de semanas de cotización exigidas por la ley dentro del año anterior a la muerte para generar, con su deceso, la pensión de sobrevivientes que persiguen las demandantes>.

Así las cosas, el Tribunal cometió los yerros endilgados en el ataque, al omitir considerar la total falta de cotización en el fondo de pensiones, a fin de poder determinar la aplicación o no del principio de la condición más beneficiosa en el asunto en particular y por todo lo apuntado la acusación prospera y **habrá de casarse** la sentencia recurrida, en cuanto confirmó las condenas contenidas en el fallo de primer grado contra la demandada COLFONDOS S.A..

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

Como consideraciones de instancia, a más de las expresadas al desatar los cargos, es de agregar que el hecho de la no cotización a nombre del causante en el sistema de ahorro individual, se corrobora con la certificación de COLFONDOS que allegó la propia parte actora y que corre a folio 6, en la que se hace constar la afiliación para el traslado, pero sin aportes. Del mismo modo, el número de semanas cotizadas en el régimen de prima media, se confirma con el reporte de novedades o períodos de afiliación del Instituto de Seguros Sociales obrante a folios 104 a 106.

Entonces valoradas las pruebas en conjunto, se obtiene que cuando se produjo la muerte de Diego José Cuadrado Rasero, su empleador Wladislaw Hajduk Kuron había dejado de cumplir con la obligación de cotizar, y por tanto la densidad de semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, que en el sub lite corresponde exclusivamente a las sufragadas en el sistema de prima media con prestación definida, resulta inferior a las 26 exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que es la normatividad que verdaderamente gobierna el asunto y que se encontraba en vigor para la fecha en que ocurrió el deceso, sin que sea dable aplicar por las características especiales del presente asunto el principio de la condición más beneficiosa, con el objeto de tener en cuenta las semanas que se cotizaron conforme a la normatividad anterior a la vigencia de la citada ley y trasladar la responsabilidad del pago de la pensión de sobrevivientes al fondo de pensiones al que se vinculó al causante a partir del 1º de enero de 1995, por la potísima razón que no se hizo ninguna efectiva cotización en el nuevo sistema, no surtiendo como se dijo efecto alguno la afiliación para el traslado de régimen.

Por consiguiente, en caso sui generis, el llamado a responder por la pensión de sobrevivientes implorada no es la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S. A. COLFONDOS, sino el empleador que con su proceder negligente impidió que el sistema de seguridad social asumiera el riesgo.

En lo atinente a la excepción de cosa juzgada que propuso el demandado WLADISLAW HAJDUK KURON, por haber sido absuelto del pedimento de la pensión de sobrevivientes en el primer proceso que le instauraron las aquí demandantes y que cursó en el Juzgado Laboral del Circuito de Apartadó, el cual finalizó con sentencia del 11 de octubre de 1999 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia y cuyas copias obran como prueba trasladada a folios 85 a 128, se declara no probada por lo siguiente:

Como primera medida, estima conveniente la Sala recordar los elementos o características para que se configure la cosa juzgada conforme al Art. 332 del C. P.C. y al respecto en sentencia del

12 de noviembre de 2003 con radicación 20998, reiterada en decisión del 5 de agosto de 2004 radicado 22750, sobre esta precisa temática se dijo:

"(...) El artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, acusado por la censura como indebidamente aplicado por el Tribunal, señala que para que la sentencia ejecutoriada proferida en proceso anterior tenga fuerza de cosa juzgada, se requiere: 1) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; 2) Que se funde en la misma causa del proceso anterior y, 3) Que haya identidad jurídica de las partes en ambos procesos (*eadem conditio personarum*).

También se tiene dicho, que por regla, los jueces no pueden resolver por vía general, pues sus decisiones deben limitarse al caso concreto y con valor para el mismo, razón por la cual la cosa juzgada tiene dos límites, a saber:

1) El objetivo. Referido a la cosa sobre la que versó el proceso anterior y, a la causa petendi. El primero constituido por el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias determinadas, o la relación jurídica declarada, pues sobre la misma cosa pueden existir diversos derechos y, tenerse el mismo derecho sobre diferentes cosas, de tal manera que si falta identidad del derecho o de la cosa, se estaría en presencia de distintos litigios y pretensiones. En torno al segundo límite, se refiere al fundamento alegado para conseguir el objeto de la pretensión contenida en la demanda, que al mismo tiempo equivale al soporte jurídico de su aceptación o negación por el juzgador en la sentencia y,

2) Límite subjetivo, relativo a las personas que han sido parte en ambos procesos.

De tal manera que si se presenta identidad de objeto, pero varía la causa petendi, no existe identidad objetiva en los dos procesos, mucho menos si no hay identidad de objeto y causa, lo cual, indiscutiblemente significa que tampoco se estará en presencia del fenómeno de la cosa juzgada".

Igualmente en sentencia del 13 de junio de 2003 radicado 20270 la Corte había puntualizado:

"(...) Como lo ha explicado esta Sala de la Corte, la causa petendí, entendida como aquello sobre lo que se litiga o es fundamento inmediato del derecho pretendido, es decir, el hecho o los hechos que sirven de asidero a las pretensiones, está íntimamente relacionada con la razón por la cual se litiga, de suerte que, para efectos de determinar si entre dos procesos existe identidad en ella, lo que importa es desentrañar la raíz de esa causa, que no es otra que el conjunto real de los hechos propuestos en la demanda como generantes de situaciones jurídicas concretas"

En este orden de ideas, es necesario indagar si en el nuevo litigio se cuestiona la misma pretensión que se resolvió en el primer asunto, bajo la identidad de la causa petendí y de las partes que intervienen en ambos procesos, que permita determinar si el nuevo fallo versará sobre puntos ya dilucidados.

Remitiéndose la Sala a las decisiones de primera y segunda instancia dictados en el primer proceso, se observa que en el nuevo asunto a juzgar no se configura el trípode en el cual se sostiene la figura de la cosa juzgada, que como se dijo se compone de la identidad de objeto, de causa y de las partes en los dos pleitos.

En efecto, analizadas las sentencias del primitivo proceso, se colige que si bien es cierto, coinciden como partes comunes EDITH DEL CARMEN GARCES ESCOBAR, quien actúa en calidad de compañera permanente del causante Diego José Cuadrado Racero y en representación

de sus menores hijas YURLEY y YULIANA ANDREA CUADRADO GARCES, como accionantes, y WLADISLAO HAJDUK KURON como demandado, y que se está pretendiendo en ambas actuaciones la pensión de sobrevivientes, también lo es, que se fundamentan en una causa petendi distinta, pues mientras en el pleito inicial se perseguía el derecho pensional derivado de un accidente de trabajo y se hacía énfasis a la falta de afiliación a una A.R.P., en el segundo se demanda la aludida pensión pero de origen común basada en la afiliación del trabajador fallecido al Instituto de Seguros Sociales y al fondo de pensiones COLFONFOS.

De tal modo, que los supuestos fácticos varían entre una y otra acción, y por ello el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Laboral, en el primigenio proceso absolvió al empleador primordialmente "por ausencia absoluta de prueba en el plenario respecto a que el deceso hubiera sobrevenido como consecuencia de un accidente de trabajo", y, de otro lado, porque había quedado demostrada la afiliación del difunto trabajador al ISS y a Colfondos para los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte y/o Pensión, quedando en su sentir subrogado el riesgo, sin detenerse el juzgador en esa oportunidad a analizar y definir si las cotizaciones se cumplieron de manera suficiente o se hicieron efectivas, que es el aspecto medular que ahora se discute con la comparecencia del fondo de pensiones; ello partiendo del nuevo supuesto de que se trata de una pensión de sobreviviente de origen común y no profesional.

Así las cosas, las sentencias producto de la primera demanda no hicieron tránsito a cosa juzgada en cuanto a atañe a la pensión de sobrevivientes que actualmente se implora, y que como quedó visto es a cargo del empleador WLADISLAO HAJDUK KURON.

En lo referente a la excepción de prescripción también formulada por el citado demandado, por motivo que la presente acción se presentó el 19 de noviembre de 2002, conforme da cuenta la constancia impuesta a folio 5 vto. del cuaderno principal, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de noviembre de 1999 se encuentran prescritas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y así se declarará.

En lo concerniente a la cuantía de la pensión, por virtud de que al seguir los parámetros previstos en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, el 45% del ingreso base de liquidación más los porcentajes por las semanas adicionales de cotización, con la correspondiente actualización, arroja un equivalente inferior al salario mínimo legal mensual vigente para la época, el monto de la prestación económica será dicho salario mínimo.

Por lo acotado se revocará la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la demandada Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S. A. COLFONDOS, a pagar a las demandantes a partir del 1 de noviembre de 2004 la pensión de sobrevivientes de origen común, en cuantía de \$179.000,00 para EDITH DEL CARMEN GARCES ESCOBAR y en una mesada por el mismo valor dividida en partes iguales para las menores YURLEY y YULIANA ANDREA CUADRADO GARCES, junto con los reajustes de ley y las mesadas adicionales de junio y diciembre, y la suma de \$31.832.825,00 por mesadas causadas entre el 28 de julio de 1997 y el 31 de octubre de 2004, para en su lugar condenar al demandado WLADISLAO HAJDUK KURON, a reconocer y cancelar la mencionada prestación a favor de las mismas actoras, pero en un quantum equivalente al salario mínimo legal en un 50% para la compañera permanente y el otro 50% para las hijas menores distribuido en partes iguales, a partir del 19 de noviembre de 1999, por encontrarse el tiempo anterior prescrito, más los incrementos legales y las mesadas adicionales, y a pagar a éstas la cantidad de \$28.763.988,00 por las mesadas causadas entre esa última fecha y el 31 de marzo de 2006.

Las costas de primera instancia serán a cargo del accionado WLADISLAO HAJDUK KURON. No hay lugar a ellas en la segunda instancia ni en el recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el 18 de febrero de 2005, en el proceso adelantado por EDITH DEL CARMEN GARCÉS ESCOBAR, en calidad de compañera permanente del causante Diego José Cuadrado Racero y representante de sus menores hijas YURLEY y YULIANA ANDREA CUADRADO GARCÉS, contra la COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A. COLFONDOS y WLADISLAO HAJDUK KURON, en cuanto condenó a la primera a pagar la pensión de sobrevivientes a favor de las demandantes.

En sede de instancia, se dispone:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Apartadó, calendada 12 de noviembre de 2004, en lo relacionado con las condenas impuestas a la sociedad demandada COLFONDOS, y en su lugar se dispone CONDENAR al accionado WLADISLAO HAJDUK KURON a reconocer y pagar a las actoras la pensión de sobrevivientes de origen común, a partir del 19 de noviembre de 1999, en cuantía equivalente al salario mínimo legal, más las mesadas adicionales y los reajustes o incrementos de ley, en un 50% para la compañera permanente y el otro 50% para las hijas menores distribuido en partes iguales, y la suma de VEINTIOCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$28.763.988,00) por mesadas causadas entre el 19 de noviembre de 1999 y el 31 de marzo de 2006.

Segundo.- ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones a la demandada COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A. COLFONDOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero.- DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas en el período comprendido del 28 de julio de 1995 al 18 de noviembre de 1999, y no probada la de cosa juzgada, propuestas por el demandado persona natural.

Costas del recurso extraordinario como quedó indicado en la parte motiva, no hay lugar a ellas en segunda instancia y las de primera a cargo del demandado WLADISLAO HAJDUK KURON.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLIQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA
NADER

CARLOS ISAAC

EDUARDO LOPEZ VILLEGAS
GOMEZ

FRANCISCO JAVIER RICAURTE

CAMILO TARQUINO GALLEGU
DIAZ

ISAURA VARGAS

MARIA ISMENIA GARCIA MENDOZA

Secretaria

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

