

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación No. 28547

Acta No. 14

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil ocho (2008).

Resuelve la Corte sendos recursos extraordinarios de casación interpuestos, de un lado, por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. y, de otro, por la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., llamada en garantía por la anterior, frente a la sentencia de 24 de octubre de 2005, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por MARY LUZ OSORIO, quien actúa en su propio nombre y en representación de su menor hijo JOHN SINJAWER GALLEGO OSORIO, como beneficiarios del causante Jorge Iván Gallego Ramírez, en contra de las recurrentes.

ANTECEDENTES

En lo concerniente al recurso extraordinario, las entidades recurrentes controvierten la sentencia antecitada, mediante la que el Tribunal revocó el fallo absolutorio de la Juez Tercero Laboral del Circuito de Pereira, proferido el 29 de agosto de 2005 y, en su lugar, condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. a cancelar, por partes iguales, la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del deceso del afiliado Jorge Iván Gallego Ramírez a los demandantes, para lo cual la Compañía de Seguros Bolívar S.A. debería concurrir en garantía para el pago de la prestación, en los términos y toques de la póliza expedida con ocasión del contrato de seguro provisional de invalidez y sobrevivencia, expedido a favor de la Administradora.

Ante la muerte de Jorge Iván Gallego Ramírez, la Administradora negó la solicitud de su compañera permanente de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con fundamento en

que aquél solo había cotizado 25.71 semanas (fls. 36, 37, 30, 31). Argumento que fue reiterado al contestar el hecho quinto de la demanda incoativa del proceso ordinario laboral, así como por la Compañía de Seguros Bolívar, llamada en garantía por aquélla (fls. 3, 61, 114, 115).

La Administradora propuso como excepciones las de ausencia de la totalidad de los requisitos exigidos por el legislador para la configuración de la pensión de sobrevivientes y prescripción. La llamada en garantía propuso excepción similar a la primera de las mencionadas.

Las instancias culminaron conforme atrás quedó indicado.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal tuvo por acreditado, sin hacer referencia a fecha de afiliación alguna al fondo de pensiones demandado, que el causante había cotizado entre el 1° de febrero y el 30 de julio de 2002 (fl.25 cdno Trib.), dos días menos de los requeridos para completar las 26 semanas exigidas para acceder su grupo de beneficiarios a la pensión de sobrevivientes, por lo que dijo: “...pues exigiendo la preceptiva veintiséis semanas para el afiliado fallecido, éste alcanzó a cotizar un poco menos (exactamente dos días menos), lo que no da lugar al reconocimiento...”

Sin embargo, con base en pronunciamiento de la jurisdicción constitucional, consideró que el juez, al aplicar la norma legal al caso concreto, debía tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real, porque las tareas del juez y del legislador son complementarias.

Estimó, entonces, que en el sublite no se podía dar cabida a la aplicabilidad tajante de la norma, sin dejar de vulnerar el principio de equidad ante las circunstancias propias del caso, por lo que, consideró, la voluntad del legislador al momento de proferir la norma contentiva de la exigencia de las 26 semanas en cuestión, fue que el afiliado cotizara siquiera la mitad del año, o un semestre completo, con base en haberse siempre considerado al año como de cincuenta y dos semanas, cotizaciones éstas que el ad quem halló acreditadas con el certificado de aportes de pensiones obligatorias visibles del folio 32 al 33, en el cual encontró relacionados como períodos cotizados los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 2002, en forma completa, lo cual equivalía a la mitad de un año, o un semestre, que era lo que, estimaba, el legislador había querido.

Antepuso, entonces, la aplicación estricta de la norma positiva a la interpretación que atrás se expuso. Aludió a la sentencia 18991 de 4 de diciembre de 2002, emitida por esta Sala, y señaló que, aunque en ella no se había resuelto el fondo del asunto por razones de desaciertos técnicos del recurrente, condenado a pagar una pensión concedida mediante aproximación de 25.85 semanas a 26, la Sala no había hecho, dentro de las anotaciones marginales que realizó, ningún desacuerdo al respecto; situación que, manifestó, si bien no era incontrovertible, servía igualmente para reforzar su decisión en este proceso. Y, para concluir, a pesar de ya haber obtenido una solución con base en la teoría del semestre cotizado, expuso una solución más: “Lo cierto es que atendiendo a razones de justicia y ante la necesidad de proteger la seguridad social del grupo familiar sobreviviente, se estima procedente ajustar mínimamente la densidad de semanas efectivamente cotizadas, aproximándolas en menos del 0.5 que le hace falta para alcanzar el requerimiento legal, tal y como lo permite (sic) las operaciones de tipo aritmético.

Así razonó el ad quem:

“Conforme a lo manifestado en los hechos de la demanda, lo aceptado en la respuesta y lo

decidido en primera instancia sin observaciones por las partes, son hechos que a esta altura están por fuera de todo debate procesal el que tanto la demandante Mary Luz Osorio como su menor hijo John Sinjower Gallego Osorio tienen vocación para reclamar el amparo pensional al que en su concepto tienen derecho con ocasión del fallecimiento del afiliado, compañero permanente y padre, Jorge Iván Gallego Ramírez; que éste cotizó entre el 1° de febrero y el 30 de julio de | 2002; y que en ésta última fecha ocurrió su deceso, cuando se encontraba afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Santander S.A.”

“ Surge el problema jurídico en definir si el lapso cotizado confiere al grupo sobreviviente del causante el derecho a percibir el amparo pensional deprecado, de acuerdo con la normatividad vigente a la fecha del deceso, que no era otra que la Ley 100 de 1993, que en su artículo 46 había dispuesto tal beneficio para los miembros del grupo familiar del afiliado que se encontrara cotizando al sistema y hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas al momento de la muerte, o que habiendo dejado de sufragarlos, tuviera cotizadas por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo la muerte”.

“La a quo encontrando prueba y aceptación de las partes en punto a que fueron ciento ochenta días los cotizados entre el 1° de febrero y el 30 de julio de 2002, tras dividirlos entre siete días que comprende la semana, determinó que correspondían a 25.7 semanas, negando la petición, pues obviamente no se satisfacía la densidad a que precedentemente se aludió para acceder a la pensión de sobrevivientes. Ello además, en aplicación al viejo aforismo de que 'dura es la ley pero es la ley', y al no encontrar manera de viabilizar los principios de equidad, condición más beneficiosa y favorabilidad que dedujo se peticionaron en la demanda”.

“Esta decisión, si se analiza de frente a las semanas efectivamente cotizadas y el requerimiento legal para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, no es sino fiel aplicación de la norma al caso concreto, pues exigiendo la preceptiva veintiséis semanas para el afiliado fallecido, éste alcanzó a cotizar un poco menos (exactamente dos días menos), lo que no da lugar al reconocimiento y, por ende a la confirmación de lo así decidido en esta Sede”.

“Empero, si tenemos en la cuenta que de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política, los Jueces, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, **"la equidad,** la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial" (resaltado propio), y nos adentramos en el análisis del principio de equidad, echado de menos por el impugnante, cuando al sustentar su recurso insiste en que no peticionó la aplicación de la condición más beneficiosa ni el principio de favorabilidad, pues considera no juegan papel preponderante en la concesión del derecho, hemos de reiterar que tal y como lo ha referido la Corte Constitucional¹, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecuó a los distintos matices que se presentan en la vida real”.

“ Porque la tarea del legislador y la del juez son complementarias: "El Congreso dicta normas de carácter general y abstracto, orientadas hacia la consecución de ciertos fines. Estas normas, por bien elaboradas que sean, no pueden en ningún momento incorporar en su texto los más distintos elementos que se conjugan en la vida práctica, para configurar los litigios concretos. Así, ellas no pueden establecer o comprender las diferenciaciones que deben introducirse en el momento de solucionar los conflictos concretos, con el objeto de que la resolución de los mismos tenga en cuenta las particularidades de los hechos y de las personas que intervienen en ellos. Esa función le corresponde precisamente al juez, quien es el que puede conocer de cerca el conflicto y la situación de las partes involucradas. Por eso, el juez está llamado a afinar la aplicación de la

norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso”.

“Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever. Es decir, de lo que se trata es de poner en vigencia el principio de colaboración entre las distintas ramas del poder público, lo cual implica que el juez colabore en el desarrollo de la norma dictada por el legislador, al adaptarla al caso concreto.”

“Así las cosas, en el presente evento no puede darse cabida a la aplicabilidad tajante de la norma sin perjuicio de vulnerar el principio de equidad, atendiendo a las circunstancias propias del mismo, porque en un intento de desentrañar cuál fue la voluntad del legislador al momento de proferir la norma que concretaba en veintiséis semanas las requeridas como aportes para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, y tratando de adecuarla a los distintos matices que se presentan en la vida real, podemos afirmar que tal lo fue el que el afiliado cotizara siquiera la mitad del año; en otras palabras, un semestre completo, a partir de la base de que siempre se ha considerado el año como de cincuenta y dos semanas”.

“Y si observamos el 'certificado de aportes al fondo de pensiones obligatorias' aportado como anexo de la demanda (fls.32-33), encontramos que se relacionan como períodos cotizados los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 2002, por demás en forma completa, es decir durante todos los días que conforman cada uno de esos meses. Ese lapso equivale a la mitad de un año; en otras palabras a un semestre que, se acaba de mencionar, estimamos fue lo querido por el legislador. Téngase en cuenta cómo además en este documento se alude a que se efectuó "cotización obligatoria por 26,02854585 semanas" y a un "SALDO TOTAL" del mismo monto, que en últimas son las legalmente reclamadas para la concesión de la pensión de sobrevivientes”.

“Como viene de verse, respecto de la aplicación estricta de la norma que señala que la pensión por sobrevivencia sólo puede otorgarse previa acreditación de veintiséis semanas sufragadas, es preciso hacer una salvedad habida cuenta de las muy especiales condiciones que configuran el conflicto analizado: la interpretación que se está realizando”.

“Porque si bien es cierto se ha dicho por parte interesada que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya conoció de asunto similar, aceptando idénticos planteamientos que avalaban posición del Tribunal Superior de Medellín en cuanto a que el máximo principio a reconocer es el de equidad, acompañado del de proporcionalidad y expectativa legítima, la verdad es que analizado el contenido de la sentencia², vemos cómo a pesar de no casarse la decisión que reconocía la pensión de sobrevivientes, no obstante reportar cotizaciones sólo por 25.85 semanas, ello se debió a errores de técnica de la demanda. En efecto, así se razonó en el aparte correspondiente. "Con independencia de que sea o no acertada esa reflexión sobre la aplicación del criterio de equidad en este caso, es lo cierto que en ella se fundó el Tribunal para decidir. Mas sucede que ese específico aspecto no fue controvertido por la acusación, lo cual conduce a la desestimación del cargo, habida consideración que esa apreciación que sirvió de soporte al ad quem permanece inmodificable y por tanto sigue prestando apoyo suficiente al fallo impugnado, pues respecto de ella obra la presunción de acierto y legalidad que en casación laboral opera respecto de la providencia recurrida”.

“Acepta sí la providencia de esa alta Corporación, aclarando que lo hacía al margen de las irregularidades que dieron lugar a que no conociera de fondo el asunto, que los términos deben contarse desde el primer día y mes hasta el primer día y mes siguiente inclusive, lo que sirvió de base a aquél Tribunal para "establecer que el total de días cotizados por éste, en el último año anterior a su fallecimiento ascendió a 181 días equivalentes a un total de 25.85 semanas, que estimó debía aproximarse en aras de la equidad a 26 semanas teniendo presente que el decimal es superior a 0.5”.

“De donde podría inferirse que bien pudo igualmente la Corte, si consideraba que no debía aproximarse el decimal para ajustarlo a las 26 semanas, hacer la acotación al respecto también de manera marginal, máxime que esa situación constituía el fondo del asunto, y que si no lo hizo fue porque de cierto modo estuvo de acuerdo con tal solución. Conclusión ésta que si bien no es incontrovertible, sirve igualmente para reforzar lo decidido en esta providencia, pues es lo cierto que atendiendo a razones de justicia y ante la necesidad de proteger la seguridad social del grupo familiar sobreviviente, se estima procedente ajustar mínimamente la densidad de semanas efectivamente cotizadas, aproximándolas en menos del 0.5 que le hace falta para alcanzar el requerimiento legal, tal y como lo permite las operaciones de carácter aritmético”.

“Con fundamento en estas argumentaciones se concederá la pensión solicitada y, en consecuencia, se revocará la sentencia de la juez tercera laboral del circuito que la negó respecto del grupo familiar del causante Gallego Ramírez, ordenando a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Santander S.A. reconocerla respecto de la señora Mary Luz Osorio y su menor hijo John Sinjower Gallego Osorio, en las proporciones que legalmente corresponden”.

“Decisión que apareja, pronunciándonos en cuanto a la llamada en garantía, Compañía de Seguros Bolívar, el que ésta tenga que asumir "el valor de la suma asegurada establecida en el mismo (se refiere al contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia consignadas en la póliza número 000011), la cual corresponde al valor adicional que sea requerido para completar el capital necesario para financiar el monto de la eventual pensión de sobrevivientes que llegue a ser reconocida a favor de los beneficiarios del señor JORGE IVAN GALLEGO...", pues al dar respuesta al llamamiento en garantía la Compañía adujo expresamente no oponerse a las pretensiones, destacando que el reconocimiento de las mismas sólo sería procedente en el evento en que llegaran a ser aceptadas las pretensiones de la demanda (fl.121)”.

² Corte Suprema de Justicia, diciembre 4 de 2002, radicación 18991, Magistrado Ponente, Carlos Isaac Nader. ¹ Sentencia T-518 de 1998.”

LOS RECURSOS DE CASACIÓN

Interpuestos por la parte demandada y por la llamada en garantía, concedidos por el Tribunal y admitidos por la Corte, se procede a resolverlos.

Ambas demandas proponen un cargo por vía indirecta y un cargo por vía directa. Dada la similitud de los mismos, se estudiarán en conjunto los recursos, conforme a la vía escogida.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

De la Administradora del Fondo de Pensiones:

“Se pretende con este recurso la CASACIÓN PARCIAL de la sentencia impugnada en cuanto revocó la decisión de primer grado para imponer a mi mandante la condena por la pensión de

sobrevivientes, declaró no probadas las excepciones que ella propuso y le adjudicó la costas de primera instancia, para que en sede de instancia confirme el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira y resuelva sobre costas de acuerdo con el resultado del proceso. Es claro que el resultado del recurso en los términos señalados, libera de condena a la llamada en garantía.”

De la Compañía de Seguros Bolívar:

“Con el presente recurso extraordinario persigue la parte demandada SEGUROS BOLÍVAR S. A., que la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **CASE PARCIALMENTE** la sentencia del 24 de octubre de 2005 proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, en cuanto revocó la sentencia dictada por el A-quo y condenó a la pensión de sobrevivientes a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Santander S.A. y a mi mandante Compañía de Seguros Bolívar S.A. para que concurra en el pago de dicha pensión; declaró no probadas las excepciones y probada la de responsabilidad de la Aseguradora y las costas; para que en sede de instancia, confirme en todas sus partes la sentencia de primera instancia proferida el 29 de agosto de 2005 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira; proveyendo en costas a cargo de la parte demandante. Es claro que busco con el recurso que se libere de la condena al obligado principal, para con dicho resultado también se libere a Seguros Bolívar llamado en Garantía.”

PRIMER CARGO DE LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A.

Expuesto así el de la Administradora:

“La violación que se denuncia se produce por vía indirecta y por aplicación indebida de los artículos 46 de la ley 100 de 1993 y 230 de la Constitución Nacional”.

“ERRORES EVIDENTES DE HECHO”

“1. No dar por demostrado, estándolo, que el Sr. Jorge Iván Gallego Ramírez fue afiliado a FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. tan solo el día 21 de febrero de 2002”.

“2. Dar por demostrado, no estándolo, que el Sr. Jorge Iván Gallego Ramírez cotizó para el riesgo de muerte ante la demandada, 25.71 semanas en el último año anterior a su muerte”.

“3. No dar por establecido, estándolo, que entre el momento de la afiliación al Fondo de Pensiones y Cesantías Santander S.A. por parte del Sr. Jorge Iván Gallego Ramírez y la fecha de su fallecimiento, éste tan solo pudo cotizar 22.57 semanas en el último año anterior a su fallecimiento”.

“4. No dar por demostrado, estándolo, que en relación con el Sr. Jorge Iván Gallego Ramírez tan solo aparecen acreditados como cotizados 151 días que corresponden a 21.57 semanas de cotización en el año anterior a su muerte”.

“PRUEBAS MAL APRECIADAS”

“1. Escrito de contestación de la demanda por parte de FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. (Fs. 60 y s.s.)”.

“2. Escrito de contestación de demanda de COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. (fs. 109 y s.s.)”.

“3. Certificado de aportes (fs. 32-33)”.

“PRUEBAS NO APRECIADAS”

“1. Relación de aportes del Sr. Jorge I. Gallego (f. 38)”.

“2 Certificado de aportes (fs. 87 y 88)”.

“DEMOSTRACIÓN DEL CARGO”

“El Tribunal para sustentar su decisión de revocar el proveído de primer grado y condenar al pago de la pensión solicitada, elaboró una serie de consideraciones que apoyó íntegramente en que el Sr. Jorge Iván Gallego Ramírez había cotizado 25.71 semanas antes de su fallecimiento en el fondo de pensiones administrado por mi representada, y ese elemento fáctico fue el que le sirvió de soporte, equivocado naturalmente como se verá en la segunda censura si esa H. Sala considera pertinente analizarla, para aplicar la equidad y resolver en contra del mandato expreso de la ley”.

“Pero si hubiera analizado los hechos verdaderamente acreditados en el proceso, hubiera concluido que el número de cotizaciones efectuadas en nombre del Sr. Jorge Iván Gallego Ramírez fue muy inferior y, por tanto, no podía acudir a las elucubraciones que construyó sobre el falso postulado de un número de cotizaciones cercano al exigido por la ley”.

“Aunque es obvio, como postulado inicial resulta fundamental señalar que el transcurso del tiempo no es susceptible de ser probado por confesión, pues el tiempo corre así lo acepten o no lo acepten las partes y el número de días que ocurren entre dos hechos suceden aun contra la voluntad de los interesados. Por eso es fundamental tener en cuenta que tanto el apoderado de mi representada como quien recibió el mandato por parte de la Compañía de Seguros Bolívar S.A., en afirmaciones que no tuvieron ninguna resonancia en el Tribunal, aseveraron e insistieron en que no era cierto el hecho afirmado por la parte actora sobre la afiliación del Sr. Gallego al Fondo de pensiones administrado por mi mandante, a partir del 1° de febrero de 2002 y, en sentido contrario, argumentaron que esa afiliación se había producido solamente el día 21 de ese mes, lo cual no fue apreciado por el Ad quem cuando ha debido hacerlo, para efectuar una correcta apreciación de dos fundamentales piezas del proceso que como tales, pueden ser consideradas como pruebas de acuerdo con la orientación de esa H. Sala sobre el particular”.

“Esa afirmación de las demandadas tiene un claro respaldo en los documentos de folios 32-33 y 87-88, en los cuales obra claramente registrada como fecha de afiliación del citado Sr. Gallego a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Santander S.A., el 20020221, es decir, el 21 de febrero de 2002, lo cual significa que solo a partir de esa fecha era posible cotizar por cuenta del citado señor”.

“El documento del folio 38, si bien es contradictorio en su contenido, evidencia que en el mes de febrero de 2002 no se hizo cotización por cuenta del Sr. Gallego, tal como aparece en el cuadro de observaciones en el que se anota para febrero de 2002 que "no presenta cotización" y a continuación, solo se registran cinco meses en los que se afirma que hubo "cotización".

“Es cierto que en ese documento en la casilla de "No. días cotizados" aparecen registros de

cotizaciones por 6 periodos y ello conduce a que se concluya que el total de cotizaciones arroja 25.71 semanas, pero esa conclusión es inexacta si se tiene en cuenta lo registrado en observaciones y, particularmente, lo anotado en los documentos anteriormente invocados como respaldo del registro de la afiliación del Sr. Gallego solo a partir del 21 de febrero de 2002”.

“Este ataque tiene claro que en condiciones comunes el resultado de enfrentar el contenido de este último documento en sus distintos segmentos y el de valorar conjuntamente lo que demuestran los registros sobre la fecha de afiliación del Sr. Gallego y lo que afirmó la demandada sobre el número de semanas cotizadas, conduciría a que no pudiera declararse la existencia de un error de hecho que tuviera la condición de evidente, pero en este caso la situación es distinta, porque el transcurso del tiempo no se demuestra por documentos ni por declaraciones, ya que el es o existe por encima de que quede o no registrado su transcurso en algún elemento demostrativo, es decir, si la afiliación se hizo el 21 de febrero de 2002 y la muerte se produjo el 30 de julio del mismo año, es evidente, por encima de lo que registren los documentos, que entre una y otra fecha no pudieron transcurrir más de cinco meses y 9 días, sea cualquiera la metodología que se adopte para contabilizar el tiempo, lapso que por donde se mire, analice o calcule, nunca podrá dar 26 semanas y ni siquiera 25.71, como lo concluyó o aceptó el Tribunal por no haber tenido en cuenta que desde el principio del proceso se discutió la fecha de afiliación y que la que se encuentra probada es la afirmada por la parte demandada que corresponde al 21 de febrero de 2002”.

“Inclusive, no sobra anotar, los documentos que se han reseñado, le adicionan a las cotizaciones del Sr. Gallego, un día del mes de agosto, lo cual resulta imposible porque para ese momento ya estaba muerto, pero aun con esa adición, no es posible llegar a lo que equivocadamente aceptó el Tribunal en cuanto a la extensión en el tiempo de las cotizaciones discutidas en este proceso”.

“Incluso si se tratara de ceñirse rigurosamente a la prueba, hay que destacar que en el documento del folio 87-88 solo aparecen como acreditados 151 días de cotización, lo cual arrojaría un resultado aun menor de semanas cotizadas a favor del Sr. Gallego, pero lo cierto es que se tome lo uno o lo otro, es decir, los 151 días (que equivalen a 21.57 semanas) o el tiempo contado a partir del 21 de febrero (que arroja 22.57 semanas), la cifra es muy inferior a la que adoptó el Tribunal y que le sirvió para aplicar la equidad por encima de la ley, por lo que si no hubiera incurrido en el error de hecho consistente en tener por cotizadas 25.71 semanas, no se hubiera adentrado en esas disquisiciones y simplemente hubiera concluido que no se reunieron en el presente caso, los requisitos de cotización exigidos por la ley vigente para el momento del fallecimiento que hubiera podido dar lugar a la pensión reclamada”.

“Por tanto, porque se concedió la pensión sin que existieran las cotizaciones exigidas por el artículo 46 de la ley 100 de 1993 y porque se hizo prevalecer la equidad sobre la ley en contra del mandato del artículo 230 de la Constitución, estas normas resultaron indebidamente aplicadas”.

“Es de anotar que el artículo 17 de la ley 100 de 1993 asocia la vigencia de la relación laboral con la obligatoriedad de las cotizaciones y, por eso, se ha insistido en la incidencia determinante en el presente caso, de la fecha de afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Santander S.A. del Sr. Gallego para comenzar a contabilizar desde ella las cotizaciones que pudo realizar”.

“Quedan en la forma anterior demostrados los errores de hecho denunciados, que tienen la condición de evidentes, básicamente, porque se apoyan en un elemento incontrovertible como lo

es el transcurso del tiempo.”

PRIMER CARGO DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR:

“Se fundamenta en que la sentencia impugnada violó, por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 33, parágrafo 2, 46 de la ley 100 de 1993, en relación con los artículos 51, 54A, 60, 61 y 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social; artículos 174, 175 y 187 del Código de Procedimiento Civil”.

“La sentencia cuya anulación parcial se solicita, violó indirectamente por aplicación indebida, las normas sustantivas del trabajo que acaban de indicarse, en relación con las disposiciones sustantivas laborales y procedimentales tanto laborales como civiles que se enlistaron, a consecuencia de los evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador Ad - Quem, lo que condujo finalmente al Tribunal a conclusiones contrarias a la realidad probatoria, en contra de los intereses de mi representada”.

“PRUEBAS ERRÓNEAMENTE APRECIADAS:

“1. DOCUMENTOS”

“Certificado de aportes al fondo de pensiones obligatorias, generado el 25 de septiembre de 2003 (folios 32 y 33 del cuaderno principal)”.

“PRUEBAS NO APRECIADAS:

“Certificado de aportes fondo de pensiones obligatorias, generado el 7 de abril de 2003 (folios 87 y 88 del cuaderno principal)”.

“Constancia expedida por solicitud de la demandante (folio 93 del cuaderno principal).

“ERRORES DE HECHO:

“Dar por demostrado sin estarlo, que el causante JORGE IVAN GALLEGO, cotizó 26 semanas en el último año antes de su muerte”.

“No dar por demostrado estándolo, que el causante JORGE IVAN GALLEGO, cotizó 22 semanas 6 días, en el último año antes de su muerte”.

“No dar por demostrado estándolo, que entre el 21 de febrero y el 30 de julio del año 2002, sólo hay 22 semanas, 6 días”.

“Dar por demostrado sin estarlo, que entre el 1 de febrero y el 30 de julio de 2002, constituye la mitad de un año o un semestre y que por tanto el causante cotizó 26, 02854585 semanas”.

“No dar por demostrado estándolo, que un día corresponde en proporción y porcentaje sobre el 100% a una semana, la cifra de 0,142857143”.

“DESARROLLO DEL CARGO”

“El Juzgador de Segunda Instancia no apreció acertadamente y dejó de apreciar las pruebas allegadas al expediente, según relación precedente, lo que lo llevó a incurrir en los ostensibles errores de hecho ya enunciados”.

“Me permito observar que cuando el ataque se dirige contra la sentencia por violación indirecta

de la ley sustantiva laboral y descansa en la falta o incorrecta apreciación de los medios de prueba que generan los errores ostensibles de hecho en que incurre el juzgador Ad - Quem, se exige un examen global de las pruebas analizadas en el fallo impugnado. No se discute en este cargo los hechos en cuanto a la vocación que tienen para reclamar la pensión de sobrevivientes Mary Luz Osorio y su hijo Jhon Sinjower Gallego Osorio; que Jorge Iván Gallego Ramírez falleció el día 30 de julio de 2002”.

“Los errores de hecho, los sustento en las siguientes consideraciones, veamos:

“El Tribunal aplicó indebidamente la norma de la ley 100 de 1993, por la mala interpretación y la no apreciación de las pruebas, que relacioné en precedencia, la norma indica que las cotizaciones corresponden a semanas cotizadas, y que éstas son de siete (7) días calendario, al respecto, señala:

“Ley 100 de 1993, Artículo 33: "Requisitos para Obtener {la Pensión de Vejez. Para tener derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

“PARÁGRAFO 2, Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente Ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período". Norma a la cual me refiero por remisión expresa de la norma que contiene los requisitos de la pensión de sobrevivientes, 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 que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

“a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

“b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”.

“PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley". (La resalta no es del texto)”.

“De lo anterior, sin que se entienda que estoy discutiendo fundamentos de derecho, he transcrito las normas, para una mejor comprensión de los errores de hecho en que incurrió el Tribunal”.

“Los errores de hecho se presentan, porque el Tribunal interpretó equivocadamente la prueba documental, obrante a folios 32 a 33 del cuaderno principal del expediente, pues allí se dice, los períodos de pagos, que corresponden a mes vencido; en dicho documento aparece que la fecha de afiliación de JORGE IVAN GALLEGO RAMÍREZ, fue el 20020221, es decir el 21 de febrero del año 2002, ratificada con la fecha de incorporación 20020221, es decir el mismo 21 de febrero del año 2002; y no apreció los documentos que obran a folios 87 y 88 del cuaderno principal, que aunque se denomina certificado de aportes fondo de pensiones obligatorias, dicho documento se

expidió el 7 de abril de 2003 (fecha de generación), por lo que es distinto al indicado como mal apreciado, así las cosas en este documento también se indica que la fecha de afiliación lo fue 20020221, es decir el 21 de febrero de 2002 y la fecha de incorporación 20020221, es decir el 21 de febrero de 2002; por tanto para que se hubiese generado las 26 semanas se necesitaba haber cotizado 182 días; pero si contabilizamos en el año los días calendario, tenemos: como se afilió e incorporó el día 21 de febrero de 2002, contabilizado por semanas de 7 días calendario, tenemos: 21 de febrero de 2002 (jueves) a 27 de febrero (miércoles) inclusive, **1 semana**; de 28 de febrero (jueves) a 6 de marzo (miércoles), **1 semana**; del 7 de marzo (jueves) a 13 de marzo (miércoles), **1 semana**; del 14 de marzo (jueves) al 20 de marzo (miércoles), **1 semana**; del 21 de marzo (jueves) al 27 de marzo (miércoles), **1 semana**; del 28 de marzo (jueves) al 3 de abril (miércoles), **1 semana**; del 4 de abril (jueves) al 10 de abril (miércoles), **1 semana**; del 11 de abril (jueves) al 17 de abril (miércoles), **1 semana**; del 18 de abril (jueves) al 24 de abril (miércoles), **1 semana**; del 25 de abril (jueves) al 1 de mayo (miércoles), **1 semana**; del 2 de mayo (jueves) al 8 de mayo (miércoles), **1 semana**; del 9 de mayo (jueves) al 15 de mayo (miércoles), **1 semana**; del 16 de mayo (jueves) al 22 de mayo (miércoles), **1 semana**; del 23 de mayo (jueves) al 29 de mayo (miércoles), **1 semana**; del 30 de mayo (jueves) al 5 de junio (miércoles), **1 semana**; del 6 de junio (jueves) al 12 de junio (miércoles), **1 semana**; del 13 de junio (jueves) al 19 de junio (miércoles), **1 semana**; del 20 de junio (jueves) al 26 de junio (miércoles), **1 semana**; del 27 de junio (jueves) al 3 de julio (miércoles), **1 semana**; del 4 de julio (jueves) al 10 de julio (miércoles), **1 semana**; del 11 de julio (jueves) al 17 de julio (miércoles), **1 semana**; del 18 de julio (jueves) al 24 de julio (miércoles), **1 semana**; del 25 de julio (jueves) al 30 de julio (martes) día de la muerte del causante, **seis días**, es decir no alcanzó a la semana, por lo que equivale 85,7142857 del 100% de la semana, es decir que le faltó para completar la semana, el porcentaje de 14,2857143. Sumadas las semanas, tenemos: 22 semanas y 6 días, es decir 22,857142857; por tanto al valorar equivocadamente la prueba contenida en los folios 32 a 33, y al no valorar la prueba contenida en los folios 87 y 88 del expediente, el Tribunal dio por establecido que como era la mitad del año o un semestre, entonces se cumplían las 26 semanas, error protuberante, pues debió contabilizar los días calendario y por eso partiendo de la fecha de afiliación e incorporación que es la misma, el trabajador fallecido sólo acreditó una densidad de semanas en la equivalencia a 22,857142857, es decir que le faltó para cumplir el requisito la densidad de 3,1428572 de semanas. No se puede atender, como lo hace el Tribunal que 180 días corresponden a un semestre y por ser la mitad del año, entonces son 26 semanas, es un razonamiento errado, pues la ley habla de que una semana está compuesta por 7 días, es decir que la medida es el día, por tanto tampoco se puede aproximar, pues si la medida es el día, es valorable y por lo mismo no aproximable porque no es una cantidad numérica; así las cosas, el Tribunal se equivocó, pues si toma la cantidad de 180 días y la divide por 7, nos arroja un resultado de 25,7142857; tampoco puede tomar la medida de seis meses, porque la ley señala que la semana corresponde a 7 días, entonces para poder efectuar cualquier operación hay que convertir los meses en días; si tomáramos de corrido la fecha del 21 de febrero al 30 de julio de 2002, tendríamos 161 días dividido por 7, nos da un total de 23 semanas 6 días; para que sean 26 semanas se requieren de 182 días, luego el Tribunal cometió un error protuberante, porque debió verificar en forma correcta que desde la fecha de afiliación al día de la muerte del causante, sólo se contabilizó 22 semanas 6 días”.

“Lo anterior ratificado por el documento que obra a folio 93 del expediente, en donde se certifica o se hace constar que el señor Jorge Iván Gallego Ramírez, diligenció una solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias; con vinculación inicial el día 21 de febrero de 2002, si el Tribunal hubiese valorado este documento, que no fue tachado por la parte

demandante, habría llegado a la conclusión que el causante se afilió al fondo de pensiones y cesantías el 21 de febrero de 2002 y no el 1 de febrero del mismo año, por lo que teniendo esa fecha como cierta, habría llegado a la conclusión, que el trabajador fallecido sólo obtuvo la densidad de 22 semanas 6 días, así las cosas si hubiese valorado dicha prueba habría llegado a la conclusión que el señor Iván Gallego no cumplió el requisito mínimo de las 26 semanas requeridas para la pensión de sobrevivientes y entonces hubiese exonerado de la condena de la pensión de sobrevivientes tanto a la demandada Fondo Santander, como a Seguros Bolívar S.A. Así las cosas, se presentan una vez más los errores de hecho aquí señalados”.

“Si aceptáramos la tesis del Tribunal en cuanto el trabajador fallecido fue afiliado el 1 de febrero de 2002, porque en el documento "certificado de aportes fondo de pensiones" (folios 34 y 35), aparece que se pagaron en días: 30 del mes de febrero, 30 del mes de marzo, 30 días del mes de abril, 30 días del mes de mayo, 30 días del mes de junio y 30 días del mes de julio de 2002; para un total de 180 días que divididos por 7, nos da una densidad de semanas de 25,7142857, que tampoco cumple el requisito mínimo de 26 semanas; pero si sumamos los días desde el 1 de febrero hasta el 30 de julio, según el calendario nos da un total de 181 días que divididos por 7 nos da una densidad de 25,8571428, es decir 25 semanas y 6 días, lo que hace que no cumpla el requisito mínimo de 26 semanas, por lo que el Tribunal incurrió en los errores de hecho, aquí señalados y que hace que el Tribunal condenara en forma injusta a las demandadas, pues de haber hecho el cálculo correctamente habría llegado a la conclusión, que no se había cumplido la densidad de semanas exigidas por la ley, razón por la cual los demandantes no podían beneficiarse de la pensión de sobrevivientes”.

“Estimo que en los anteriores términos queda probado el cargo y que procede entonces anular la sentencia en la forma que lo indica el alcance de la impugnación”.

LA RÉPLICA

Se opone a la casación del fallo gravado, expresa que está plenamente demostrada la afiliación a 1 de febrero de 2002, y que al convertir en semanas los días desde esa fecha hasta la de la muerte, resultan cumplidas las semanas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En cuanto al primer presunto error de hecho que la demandada principal enrostra al colegiado, es de señalar que, en caso de acreditarse que éste no dio por demostrada que la afiliación se había realizado el 21 de febrero, la consecuencia derivada de tal circunstancia, es decir, si, como lo sostiene la censura, “solo a partir de esa fecha era posible cotizar por cuenta del citado señor”, y, agrega la Sala, si tenían o no validez las semanas cotizadas correspondientes al lapso del 1° de febrero al 20 del mismo mes, que la demandada certificó, pero que ahora pretende desconocer para la sumatoria total, es un aspecto netamente jurídico que, por lo tanto, debía ventilarse por la vía directa, lo cual no se realizó. Se aludió al artículo 17 de la Ley 100 de 1993 para tal efecto, pero, obviamente, en este sendero resultaba improcedente su invocación y argumentación alguna con base en el mismo.

En lo atinente a los supuestos desaciertos fácticos numerados como 2, 3 y 4, y que plantean, ahora, la existencia de un número de semanas cotizadas por el de cujus, inferior a 25.71, al igual que un número de días cotizados diferentes de los correspondientes a 25.71 semanas, es ostensible que ellos constituyen, en conjunto, un hecho nuevo en casación, lo cual resulta inadmisibles por comportar el quebrantamiento del derecho de contradicción de la parte contraria

y, además, constituir un acto sorpresivo para el resto de intervinientes procesales.

En efecto, desde antes de iniciarse el proceso, ante la solicitud directa que la demandante hiciera a la hoy demandada principal respecto de la pensión pretendida, ésta la denegó bajo el argumento, único, de haber el causante Jorge Iván Gallego cotizado 25.71 semanas al Sistema General de Pensiones, tal como se registra en la comunicación de 11 de febrero de 2004, dirigida a la peticionaria, visible del folio 36 al 37 del cuaderno principal: "...NO cotizó las semanas exigidas nombradas en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 al Sistema General de Pensiones, toda vez que realizando un nuevo análisis de cobertura solo cotizó 25.71 semanas al Sistema General de Pensiones, razón por la cual ratificamos nuestra objeción del 7 de abril de 2003 habida cuenta del incumplimiento de los requisitos de la norma...". La objeción de 7 de abril de 2003 es visible del folio 90 al 91 y en la misma se le dijo, sin concretarle el número de semanas, que: "...Para el caso que nos ocupa, en el año inmediatamente anterior a la fecha de fallecimiento (30 de julio de 2002), el señor Jorge Iván Gallego Ramírez...NO cotizó las semanas exigidas nombradas en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 al Sistema General de Pensiones, razón por la cual no se cumplen los requisitos de la norma antes señalada que le permitan a esta administradora atender favorablemente su petición".

En el hecho 5° de la demanda inicial se expresó (fl. 3):

"Sustenta PENSIONES SANTANDER para negar la Pensión de Sobrevivientes, el hecho que (sic) el causante, al momento de producirse su muerte, tenía 25.71 semanas, insuficientes frente a las 26 semanas que contemplaba la legislación vigente para la época de la contingencia" (Resalte en el original).

Hecho sobre el que, al contestarse la demanda por la enjuiciada principal (fl. 61), y la llamada en garantía (fl. 114) se dijo: "Es cierto".

Lo cual fijó claramente las posiciones de la demandada y de la llamada en garantía, y definió la orientación de la argumentación de la parte demandante, que partió confiadamente de la base específica sobre la cual se planteaba la negación de la prestación.

Por ende, distanciarse de lo argumentado y argüido, tanto antes de iniciarse el proceso, como durante éste, para pasar a alegar, en el recurso extraordinario de casación que el causante solo pudo cotizar 22.57 semanas en el último año anterior a su fallecimiento, o que solo aparecen acreditados como cotizados 151 días que corresponden a 21.57 semanas en el año anterior a su muerte, constituye, claramente, la aducción de hechos que nunca les fueron alegados a la actora y estructuran el denominado hecho nuevo en casación, punible mediante su desestimación.

En cuanto a los errores de hecho enrostrados por la entidad llamada en garantía, es de señalar, respecto del primero, que, de entrada, es visible su desacierto, pues parte de base no cierta, porque el ad quem no estimó que el causante Jorge Iván Gallego hubiera cotizado 26 semanas, ya que, por el contrario, admitió que no cumplía tal requisito: "...pues exigiendo la preceptiva veintiséis semanas para el afiliado fallecido, éste alcanzó a cotizar un poco menos (exactamente dos días menos) lo que no da lugar al reconocimiento..." (fl. 26 cuad. principal). Cosa bien diferente es que, el ad quem, mediante un raciocinio jurídico, haya estimado que la voluntad del legislador había sido que el afiliado cotizara siquiera la mitad del año, o un semestre completo, lo cual encontró acreditado con el certificado de aportes obrante del folio 32 a 33, en el cual, ciertamente, se registran cotizaciones completas desde febrero hasta julio de 2002, lo que puede, razonablemente, estimarse como un semestre. De otro lado, sin perjuicio de la interpretación que

sobre la voluntad del legislador hacía respecto de cotizar como mínimo un semestre, el juzgador estimó procedente, además, “ajustar mínimamente la densidad de semanas efectivamente cotizadas, aproximándolas en menos de 0.5 que le hace falta para alcanzar el requerimiento legal, tal y como lo permite (sic) las operaciones de carácter aritmético”.

Es de admitir que, ciertamente, el Tribunal, al aludir al número, 26,02854585 que aparece también en el documento atrás citado, lo presentó erróneamente como si fueran semanas cotizadas, pues, en verdad representaban otro rubro, pero lo cierto fue que el ad quem no tomó esta circunstancia como el eje central de su decisión sino que fue, más que todo, una idea complementaria y de mera referencia, ya que su eje conceptual, precisamente fue admitir que no existían las 26 semanas, por lo que hubo de acudir a la interpretación de la voluntad del legislador sobre el mínimo de semanas a cotizar (de un semestre), y, de otro lado, la aproximación que sobre éstas hizo.

En cuanto a los dos siguientes errores atribuidos al ad quem, y que no se enumeraron, se incurre, al igual que lo hizo el censor principal en la figura del hecho nuevo en casación, pues se pasa a proponer como tales el no haber el ad quem dado por demostrado que el causante Gallego solo cotizó 22 semanas, 6 días en el último año antes de su muerte, y que, entre el 21 de febrero y el 30 de julio del año 2002, solo hay 22 semanas y 6 días. Caben respecto de ellos las mismas consideraciones hechas sobre los similares yerros propuestos por la demandada principal, con la anotación adicional, en lo atinente a la llamada en garantía, que ésta fue mucho más específica, vehemente y reiterativa al contestar la demanda sobre el hecho de denegarse la prestación de sobrevivientes por el exclusivo hecho de haber el causante cotizado solo 25.71 semanas:

“Así las cosas, es evidente que en el caso que nos ocupa, al haber cotizado el señor Gallego al Sistema General de Pensiones, sólo desde el mes de febrero hasta el mes de julio de 2002, no cotizó las 26.08 semanas que alega la parte actora con fundamento en que el año calendario tiene 365, sino que tan solo cotizó 25.71 semanas, dado que las semanas de cotización se contabilizan por períodos de 7 días calendario, considerando un año calendario de 360, al tenor de lo establecido por la Ley y la Jurisprudencia Laboral....” (fl. 119, reiterado a fls. 118 y 120).

Tocante al penúltimo presunto desacierto fáctico, referente a que el Tribunal hubiese dado por demostrado que el lapso entre el 1° de febrero y el 30 de julio de 2002, constituye la mitad de un año o un semestre, es de señalar que el planteamiento en sí constituye y hace parte de un contexto jurídico dentro del cual el colegiado se desplazaba en búsqueda de auscultar cuál había sido la voluntad del legislador al exigir un mínimo de 26 semanas para acceder a la prestación de sobrevivencia y, además, habría que aderezarle al mismo, razonamientos de la misma raigambre relativos a si los meses deben o no considerarse todos de 30 días, o el número de semanas que un semestre contiene, alcance de la expresión semestre, número de semanas de éste, etc, todo lo cual implicaba el encauzamiento por la vía directa.

En cuanto al último supuesto error de hecho, referente a no dar por demostrado que un día corresponde, en proporción y porcentaje sobre el 100%, a una semana, la cifra de 0.142857143, al corresponder su exposición a que el de cujus cotizó menos de 25.71 semanas, pasa a integrar también al hecho nuevo en casación ya atrás referido.

El primer cargo, entonces, de ambos recurrentes, no prospera.

SEGUNDO CARGO

De la Administradora:

“Se acusa a la sentencia materia del recurso extraordinario, de ser violatoria por vía directa y por interpretación errónea de los artículos 46 de la ley 100 de 1993 y 230 de la Constitución y por aplicación indebida del artículo 53 de la misma Carta”.

“DEMOSTRACIÓN DEL CARGO”

“Si por alguna circunstancia cupiera la posibilidad de invocar la favorabilidad o la condición más beneficiosa, es de anotar que ella opera en el marco del cargo anterior, tomando como suma de las cotizaciones la de 25.71 semanas y no la de 22.57 semanas que es la que corresponde con la realidad, pero lo único cierto es que ni con una medida ni con la otra, se llega al cumplimiento del requisito exigido por el artículo 46 de la ley 100 de 1993, para que fuera posible la causación de la pensión de sobrevivientes. Por eso, incluso aceptando en gracia de discusión esos postulados tutelares, en este caso no había lugar a concluir la existencia del derecho pensional reclamado por los demandantes”.

“No se desconoce que genera un sentimiento muy especial que por un margen tan pequeño no se alcance a consolidar una aspiración, pero esa situación se genera en todas las expresiones de la vida y, naturalmente en las del derecho. Un día es suficiente para que se configure o no el lapso de prescripción extraordinaria, sin que para nada pesen 19 años y 364 días, un minuto es la diferencia entre la vida y la muerte como seguramente lo saben muchos de los afectados o salvados de tragedias, un centímetro es suficiente para que se logre o no una marca mundial, y así sucesivamente y si no se respetaran los requisitos preestablecidos, lo único que podría reinar sería la anarquía y el subjetivismo a ultranza con demérito total del elemento de seguridad, particularmente en lo jurídico”.

“El Tribunal resolvió apropiarse del criterio de equidad como si algún humano pudiera hacerlo y como si la equidad subjetiva o particular pudiera primar sobre la equidad colectiva o común, es decir, la que interesa al conglomerado social que confía en que se han señalado unas reglas para la causación de los derechos, reglas que se deben respetar, en particular cuando se trata de una situación que interesa a un sistema de seguridad social, vale decir a un sistema en el que se encuentra involucrados los intereses y las expectativas de todos.

Para el Tribunal en este caso 25.71 semanas es igual a 26 y la pregunta obvia es si 25.5 también sería igual a 25.71 y como consecuencia, así mismo igual a 26, luego de lo cual habría que concluir que si 25.5 es igual a 26, pese a que los separa medio punto, 25.0 tiene que ser igual a 25.5 y por esa vía tendría que ser igual a 26, es decir, se tendría que concluir, a la postre, que no existe requisito de cotizaciones mínimas. De ese tamaño es el absurdo del Tribunal y a lo que puede conducir su oronda comprensión de la equidad”.

“El sistema de seguridad social no es un sistema de asistencia social ni de beneficencia y por eso, tiene que precisar unas reglas cuyo cumplimiento necesariamente tiene que ser riguroso para procurar el equilibrio financiero, lo cual se hace más claro en el caso que se debate en este proceso, ya que la ley 100 fijó un requisito, el de 26 semanas, tan desequilibrado en contra del sistema por ser muy reducido, que lo tuvo que cambiar con la ley 797 de 2003 para aumentar a 50 las cotizaciones mínimas”.

“Para el Tribunal apartarse del texto de la ley no es sino "afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen", para lo cual se apoya en una decisión de la Corte Constitucional, que por lo demás está contenida en una sentencia de tutela que, como bien se sabe, no puede configurar jurisprudencia dado el restringido ámbito de su aplicación, pero lo que no precisa es

hasta donde va a llegar ese proceso de “afinamiento” que en últimas supone que cada juez falle con base en su propio sentido y que se elimine el mandato del artículo 230 C.N. cuando a los jueces someterse únicamente al imperio de la ley”.

“También busca apoyo el Tribunal en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que, como bien se puede observar en la transcripción, no llegó al fondo del asunto porque se resolvió por la vía de la declaratoria de errores de técnica e incluso destacó que no entraba a definir si lo dicho por el Tribunal, que coincidía con lo que ahora también señala el Ad quem, era o no acertado porque esa argumentación no había sido cuestionada, lo que supone que apoyarse en tal pronunciamiento de esa H. Sala constituye un exabrupto hermenéutico que por sí solo es suficiente para desquiciar la decisión que ahora impugno. Nótese que luego el Tribunal se apoya simplemente en un supuesto propio, cuando dice "De donde podría inferirse que bien pudo igualmente la Corte, si consideraba que no debía aproximarse el decimal para ajustarlo a las 26 semanas, hacer la acotación al respecto también de manera marginal", de donde se colige que a la postre la Corte no apoyó la posición que el Tribunal considera respaldada por las orientaciones de esa H. Sala”.

“Pero, quizás lo más grave, es que el eje de la decisión del Tribunal se encuentra en superponer el principio de equidad sobre el de legalidad, pues considera que el juez de primera instancia vulneró el principio de equidad porque se apoyó en el postulado según el cual la ley es dura pero es la ley. Esa es una comprensión contraria a lo que puntualmente establece el artículo 230 de la Constitución, norma que es indispensable incluir en el ataque como violada porque el Tribunal le da aplicación por la vía de la interpretación de su texto, lo cual anoto porque al incluirla no se pretende desconocer las enseñanzas de la Corte Suprema sobre la impropiedad de denunciar por medio del recurso de casación, la violación de disposiciones de la Carta”.

“Ahora el entendimiento equivocado del artículo 46 de la ley 100 de 1993, que en gran medida ya se ha explicado, se ubica en considerar que aunque exija o exigiera en su vigencia, un mínimo de 26 semanas de cotización dentro de determinadas condiciones, era posible "adecuarla a los distintos matices que se presentan en la vida real" para con ese argumento, concluir aceptando un número diferente y menor de cotizaciones para conceder el derecho condicionado por la norma a aquél mínimo de semanas cotizadas”.

“Demostrados como quedan los errores del Tribunal, sean los fácticos denunciados en el primer cargo o los jurídicos señalados en la censura inmediatamente anterior, procede la constitución de esa H. Sala en Tribunal de instancia, función para la cual sencillamente solicito prohiar las consideraciones del A quo y confirmar su decisión, ya que a la postre ha quedado claro que, cualquiera que fuera la vía de análisis, la parte actora no cumple con la demostración de la existencia de las 26 semanas de cotización exigidas como mínimas por el artículo 46 de la ley 100 de 1993”.

De la Compañía Seguros Bolívar:

“Se fundamenta éste, en que la sentencia impugnada violó, por la vía directa, en la modalidad de INTERPRETACIÓN ERRÓNEA, los artículos 33 parágrafo 2 y 46 de la ley 100 de 1993, lo cual condujo a la aplicación indebida del artículo 230 de la Constitución Política, en relación con el artículo 19 del C.S.T. y artículo 8 de la ley 153 de 1887”.

“DESARROLLO DEL CARGO:

“La interpretación errónea se da en la medida en que el Ad - quem, le hace decir al artículo 33

parágrafo 2, lo que éste no dice, pues se indica que allí se define la semana que está compuesta por 7 días calendario e interpreta erróneamente el artículo 46 de la ley 100 de 1993, pues dicha norma señala que para que se pueda obtener la pensión de sobrevivientes, es necesario que se haya cotizado 26 semanas anteriores a la muerte del causante o si no se estaba afiliado, 26 semanas durante el último año al deceso del causante”.

“Para mejor comprensión me permito transcribir las normas así:

“Artículo 33: "Requisitos para Obtenerla Pensión de Vejez. Para tener derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

“PARÁGRAFO 2. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente Ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período". Norma a la cual me refiero por remisión expresa de la norma que contiene los requisitos de la pensión de sobrevivientes, 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 que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

“a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;”

“b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”.

“PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley". (La resalta no es del texto)”.

“Y digo que interpretación errónea, porque el Tribunal en lugar de interpretar correctamente las normas en comento, es decir, el artículo 46, que exige 26 semanas y que nos remite al parágrafo 2 del artículo 33, para determinar la forma como se contabilizan las semanas, es decir por 7 días calendario, entonces el Tribunal so pena de aplicar la equidad que no puede darse cuando se establece un mínimo como en el presente caso 26 semanas, y cuya medida es el tiempo, es decir, un día, una semana, no puede darse / aproximaciones, pues la manera de contabilizar por días y semanas no son meramente números, por lo que el Tribunal al señalar que las 26 semanas corresponden a la mitad de un año, o que equivalen a un semestre, está interpretando erróneamente las normas señaladas, porque éstas no hablan de semestres, ni de medios años, sino que en forma expresa indica cuantos días compone una semana que son en la suma de 7, si falta un día no se puede contabilizar como una semana, por lo que el requisito que trae la ley para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes es el mínimo de 26 semanas, y no menos, no hay ninguna norma en laboral en donde se indique que pasado de 0.5 se aproxima al siguiente, esa es una imaginación del Tribunal, que hace decir a la norma lo que ésta no dice, que existiendo norma expresa y que no admite interpretaciones, so pretexto de aplicar el mal entendido principio de la equidad en este caso, lleva a condenar a las demandadas”.

“La interpretación errónea que aquí estoy señalando no admite aplicación del principio de la equidad, pues olvida el Tribunal que el Juez está sometido al imperio de la ley y sólo existen criterios auxiliares, pero nunca principales como los principios generales, la doctrina, la jurisprudencia y la equidad, por lo que aplica indebidamente el artículo 230 de la Constitución Política, dado que la equidad no se puede predicar de una norma que consagra un requisito mínimo, pues la legislación anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993, exigía para la pensión de sobrevivientes una cotización de 150 semanas y 300 semanas respectivamente, por lo que aminoró sensiblemente el requisito para obtener la pensión de sobrevivientes, para que ahora pretextando una aplicación equivocada del principio de la equidad, se torne el Juez colegiado en legislador y modifique el requisito mínimo señalado por la ley para tener derecho a la pensión de sobrevivientes; no se puede porque le hubiese faltado un día, una semana, etc. modificar los mínimos establecidos por la ley”.

“Interpreta erróneamente la norma del artículo 46 numeral 2, literales a) y b), cuando indica la misma, **"por lo menos veintiséis (26) semanal"**, es decir que el mínimo son 26 semanas, por tanto no se puede bajar de ese mínimo y cuando falta un día, no se completa la semana, por tanto tampoco se puede aproximar cuando se carece de dicho día. Así las cosas, el Tribunal al interpretar en forma errónea las normas de la ley 100 en comento, condenó a las demandadas”.

“Si hubiese interpretado correctamente el artículo 33 parágrafo 2 y el artículo 46, de la ley 100 de 1993, habría llegado a la conclusión que el causante no había cumplido con la densidad de semanas requeridas en el número de 26 y por tanto habría exonerado a las demandadas de las pretensiones de la demanda”.

“He citado la norma de la Constitución, que aunque no consagra derechos sustantivos, es necesario nombrarla, pues el Tribunal la trae a colación, para interpretar en forma equivocada las normas de la ley 100 ya señaladas, so pretexto de aplicar el principio de la equidad, que no viene al caso pues existe una norma explícita y clara que indica que el mínimo son 26 semanas para obtener la pensión de sobrevivientes y que para contabilizar las semanas, hace expresa remisión a los parágrafos del artículo 33 de la ley 100 de 1993, por lo que también lo interpreta erróneamente”.

“Quiere fundamentar su decisión en una sentencia, en nota marginal, en donde indica que no se casó por técnica, que no hubo un pronunciamiento de la Corte sobre los términos de la contabilización de semanas para una pensión de sobrevivientes, sino no hubo pronunciamiento de la Corte, mal puede el Tribunal, traer la referencia de dicha sentencia como sustento de su decisión, por lo que la aplicación del principio de la equidad por parte del Tribunal es una manifestación de un sentimiento distinto al verdadero análisis de este principio”.

“Me permito traer a este asunto, por ser procedente, ya que define en forma clara cuando se debe acudir al principio de la equidad, la sentencia de febrero 20 de 1992, Corte Suprema de Justicia. Sala Plena de Casación Laboral; Mg. Ponente: Dr. Suescún Pujols, Hugo; Demandante: Corredor Ussa, Crisóstomo; Demandado: Santa Fe de Bogotá D.C.; Expediente 4529; señaló: "Las reglas de la equidad únicamente puede acudir el juzgador cuando encuentre que en el ordenamiento jurídico de que se trate no exista una norma exactamente aplicable al caso que debe solucionar, ni tampoco sea posible resolver el litigio apelando a otra cualquiera de las normas de aplicación supletoria que para las relaciones laborales prevé el artículo 19 del CST y que sin limitación de materia de manera general consagra el artículo 8o. de la Ley 153 de 1,887, Pero cuando, como en el sub lite acontece, existe dentro del ordenamiento legal norma que expresa y exactamente

contempla la situación litigiosa, no le es dado al sentenciador dejar de hacerle producir la plenitud de sus efectos, para aplicar en cambio indebidamente una disposición distinta que no es la que regula el concreto caso litigado".

“Estimo que en los anteriores términos queda probado el cargo y que procede entonces anular la sentencia en la forma que lo indica el alcance de la impugnación.”

No hubo réplica.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En esencia, el Fondo estima que hubo un entendimiento equivocado del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 por parte del ad quem, porque, a pesar de la exigencia literal de su texto sobre las 26 semanas para acceso a la pensión de sobrevivientes, aquél consideró que era posible adecuar la norma a los distintos matices que se presentan en la vida real, para, con ese argumento, aceptar un número diferente y menor de cotizaciones.

En realidad el Tribunal no incurrió en el yerro jurídico enrostrado, ya que lo que hizo fue activar un método de interpretación legal plenamente admisible, derivado, no de una actitud caprichosa o arbitraria, sino fruto de la percepción del dramático resultado a obtener con la mecánica aplicación literal de la norma positiva, por la cual los beneficiarios del causante resultaban desprovistos de fuente de ingresos y de acceso a la seguridad social secundarios a la muerte de su compañero permanente y padre.

Bien se ha señalado por la doctrina que la equidad no es nada distinto de la justicia en el caso concreto y, si bien, el Sistema de Seguridad Social no se erige en un mecanismo de beneficencia ni de asistencia social, el resultado denegatorio de una pensión de sobrevivientes, perteneciente al mismo, por un faltante de 0.29 centésimas de una cifra, ciertamente que habilitaban al juzgador para ponderar adecuadamente la tensión resultante de la literalidad normativa con la equidad como criterio auxiliar, dentro del marco de la calidad de Estado Social de Derecho insuflado a Colombia por la Carta de 1991.

Y esa ponderación se torna imperativa porque, a diferencia de lo expuesto por la censura sobre la presunta actitud del conglomerado social respecto de las previas reglas fijadas para dispensar las prestaciones propias del Sistema de Seguridad Social Integral, una solución denegatoria, en el caso de la pensión de sobrevivientes, con compañera permanente e hijo involucrados, bajo el adusto y lapidario argumento de la aplicación ad litteram de la preceptiva en cuestión, lo que genera es un sentimiento de reprobación social ante el despropósito al que se llega, ya que es ostensible la vastísima desproporción entre los perjuicios trascendentes generados para quienes son excluidos de los beneficios del sistema por el írrito guarismo, con los presuntos que recibe el sistema al dispensar la prestación bajo las especialísimas circunstancias del sub lite.

Y, la solución dada a la ponderación de las tensiones indicadas, estima la Sala, evita una manifiesta inequidad jurídica que, ciertamente, el legislador habría impedido, de haberlo podido prever, mas, ante el carácter falible del ser humano que le restringe la posibilidad de avizorar la totalidad de la casuística futura, corresponde entonces al dispensador de justicia, en cada caso concreto, hacer actuar el derecho de una manera cuidadosa y prudentemente balanceada, ya que, como se ha dicho, no hay peor injusticia que la cometida so pretexto de administrar justicia.

A la misma solución asumida por el Tribunal ha tenido que arribar la Corte, y por similares motivaciones, en pos de conjurar soluciones que se divorcian del sentido de equidad que debe

permea cada decisión emitida, y a las que la existencia de los casos referenciados por el censor, antes que abrirles paso, han de cerrárselo para evitar su repetición, consolidación o justificación en el ámbito judicial; así, en sentencia (de instancia) de 17 de agosto de 2006, radicación 27471, en la que, además, se fijó el necesario tope de afinamiento echado de menos por la censura en el fallo gravado, se dijo:

“Como consideraciones de instancia, fuera de las expresadas al desatar los cargos, es de agregar que con el testimonio de la señora Teresa Guerrero de Rodríguez, visible a folio 59 del cuaderno principal, la actora acreditó haber hecho vida marital con Eusebio Palencia Rodríguez hasta el momento de su muerte, y con los registros civiles de nacimiento que aparecen de folios 4 a 8 del mismo cuaderno, haber procreado con él 5 hijos, de los cuales Delicia Morelia Palencia Camacho, es menor de edad, con lo que cumple el requisito establecido en el citado artículo 29 del Acuerdo 049 de 1990”.

“Se agrega a lo anterior, que dicho señor estuvo afiliado a la entidad demandada para los riesgos de I.V.M., habiéndole cotizado hasta el 28 de febrero de 1998, un total de 381 semanas (folios 3), de las cuales 299.8571, fueron sufragadas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993; que deben aproximarse a las 300 exigidas por el artículo 6°, literal b) del referido Acuerdo, pues estima la Sala, que en todos aquellos casos, que como en el presente el decimal es superior a 0.5, por razones de justicia, equidad y por tratarse de una prestación de la seguridad social, cabe aproximarse tal como ya se había adocinado en sentencia de casación del 4 de diciembre de 2002, con radicación 18991, en la cual expresó:

“En estas condiciones no se equivocó el Tribunal al tomar en cuenta las semanas aportadas por el causante entre el 1° de febrero y el 31 de julio de 1998 para establecer que el total de días cotizados por éste, en el último año anterior a su fallecimiento ascendió a 181 días equivalentes a un total de 25.85 semanas, que estimó debía aproximarse en aras de la equidad a 26 semanas teniendo presente que el decimal es superior 0.5.” (Resaltes de la Sala).

Postura que cabe reiterar en el presente caso.

De otra arista, sabido es que la censura tiene la carga procesal de derribar todos los pilares conceptuales o fácticos en los cuales se cimenta la providencia que recurre, y que el no hacerlo conlleva a que la misma quede sustentada en los no confrontados.

Acá, es de observar que el ad quem, paralelo a la acción y fundamentación de aproximación decimal al entero inmediato siguiente (25.71 a 26), expuso una tesis jurídica en la que estimó desentrañar cuál había sido la voluntad del legislador al momento de proferir la norma, que concretaba en veintiséis semanas las requeridas como aportes para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, y que, al tratar de adecuarla a los distintos matices presentados en la vida real, podía afirmar que el legislador había querido que el afiliado cotizara siquiera la mitad del año, en otras palabras, un semestre completo, percepción ésta que no fue objeto de ataque por la vía directa por parte del recurrente, quien solo controvertió lo relativo a la aproximación del decimal al entero siguiente. Cabe advertir que, como el ad quem encontró que se habían cotizado los meses de febrero a julio de 2002, era una apreciación de forzosa aceptación por el censor, dentro de la vía directa seleccionada. Luego, si se parte de la base fáctica, incontrovertible, de haberse cotizado un semestre completo y se enlaza dicha premisa con la tesis jurídica de bastar la cotización durante un semestre, es patente que, sobre este complejo conceptual, hubo ausencia de ataque, por lo que tal circunstancia mantiene también la sentencia enhiesta. Con todo, aun cuando la tesis sí se hubiese confrontado, las motivaciones previas de la Sala serían suficientes

para desestimar también la censura en tal aspecto.

Respecto del segundo cargo presentado por la llamada en garantía, es de señalar que tiene una estructura argumental, en esencia similar al expuesto por la demandada principal; y, aun cuando en éste sí se controvertió la tesis del ad quem, a la cual no se refirió el segundo cargo del Fondo, es de señalar que las motivaciones de la Sala expuestas para desestimar la acusación de éste, les son plenamente aplicables y, por ende, basta con remitirse a las mismas.

El segundo cargo de ambas recurrentes, en consecuencia, no prospera.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de las entidades recurrentes, en forma individual.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 24 de octubre de 2005, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARY LUZ OSORIO, en su propio nombre y en el de JOHN SINJAWER GALLEGO OSORIO, en contra de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A., dentro del cual compareció, como llamada en garantía, la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

Costas conforme se expuso en la parte motiva.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO ISAURA VARGAS DÍAZ

MARÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

Secretaria



