



SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

Magistrado Ponente

Radicación N° 35438

Acta N° 12

Bogotá D. C, tres (3) de mayo de dos mil once (2011).

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por la **COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.- COLFONDOS-** y la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.**, llamada en garantía, contra la sentencia proferida por Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, calendada el 31 de enero de 2008, en el proceso ordinario que adelanta **AMANDA DUQUE DE CORREA**, contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

AMANDA DUQUE DE CORREA, llamó a juicio a las mencionadas entidades, para que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes, a partir del 6 de abril de 2005, por la muerte de su hijo Diego Correa Duque, y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En subsidio, para que Colfondos S.A., le pague los saldos que el causante tenía depositados en



EXP. 35438

su cuenta individual, incluido el valor del bono pensional que debe tramitar y obtener la demandada. Igualmente, pide que se impongan a su favor las costas procesales.

Como fundamento de esos pedimentos esgrimió, en resumen, que el 6 de abril de 2005 falleció su hijo Diego Correa Duque, quien vivía con ella y le proporcionaba todos los medios para su subsistencia; que el causante le cotizó al sistema general de pensiones más de 880 semanas, de las cuales 817 corresponden a los aportes efectuados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que su hijo no era casado, ni hacía vida marital, como tampoco había procreado, y que pese a tener derecho a la pensión de sobrevivientes con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, no le han reconocido la prestación deprecada (folios 4 a 10, cuaderno 1).

II. RESPUESTAS A LA DEMANDA

Colfondos S.A. al dar respuesta a la demanda (folios 42 a 49, cuaderno 1), se opuso al éxito de las pretensiones y formuló las excepciones de falta de causa para pedir, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales, consideró que no eran viables las peticiones y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, falta de causa y la genérica (folios 86 a 91, cuaderno 1).

Es de resaltar que el juzgado por medio de auto de 15 de agosto de 2000, dispuso que *“si bien el poder fue otorgado para demandar al Instituto de*



EXP. 35438

*Seguros Sociales, cierto es que en el acápite de las pretensiones en parte alguna se vincula como sujeto procesal. Y de otra parte no se avizora el motivo para tenerla en el proceso tampoco como litisconsorte. Por lo tanto accederá a lo pedido en esta instancia **ordenando su desvinculación**” (folios 192 y 193, cuaderno 1).*

La Compañía de Seguros Bolívar S.A.- llamada en garantía- también se opuso a la prosperidad de las súplicas y excepcionó inexistencia de las obligaciones, no dependencia económica, inexistencia “*de amparo por incumplimiento de la condición 1, numeral 2, y condición 3º numeral 6 de las condiciones generales de la póliza*”, límites de cobertura contemplados en la póliza de seguro de invalidez y sobrevivientes, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada (folios 169 a 184, cuaderno 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conoció de la primera instancia el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, que en sentencia de 26 de octubre de 2007 (folios 268 a 277, cuaderno 1), adicionada el 26 de noviembre siguiente (folios 294 y 295, ibídem) condenó a Colfondos S.A. a reconocer y pagar a la actora la pensión de sobrevivientes, a partir del 6 de abril de 2005 junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 14 de agosto de 2005; y a la llamada en garantía, Seguros Bolívar S.A. por la suma adicional que se requiera a fin de completar el capital necesario para cubrir el valor de la mencionada prestación social. Impuso costas a las vencidas.



EXP. 35438

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las sociedades condenadas, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Medellín, con sentencia de 31 de enero de 2008 (folios 18 a 28, cuaderno 2), confirmó la decisión de primer grado. Costas en contra de las recurrentes.

El juez colegiado estimó que los fondos privados de pensiones no pueden ser ajenos a la aplicación de la condición más beneficiosa “ *puesto que en muchos de sus afiliados , son personas que venían del régimen administrativo por el Instituto de Seguros Sociales, por lo que resultaba necesario, al momento del traslado, se tuviera claridad sobre su situación anterior en dicha entidad, especialmente, en lo que tiene que ver con las semanas que se hayan cotizado, cuyos valores representativos debían transferirse a los AFP(...) por ello, si bajo las condiciones establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, administrado por el ISS, una persona satisfizo los requisitos necesarios para dejar causado a sus beneficiarios una pensión, esta situación se mantiene así el afiliado haya decidido, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cambiarse a un fondo privado, puesto que para eso es que precisamente, se repite, fueron creados los bonos pensionales. Y esta circunstancia, en nada desvirtúa la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, como lo afirman los apelantes, puesto que la entidad privada, al haber recibido un formulario de afiliación del usuario, lo acepta con su historial pasado, y si el mismo incluye cotizaciones efectuadas al ISS bajo el régimen legal anterior, asume también las mismas,*



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

con los efectos legales que ellas generen, tales como la posibilidad de acudir al principio de la condición más benéfica” (folio 23, cuaderno 2).

Sobre esa base, el juzgador sostuvo que *“con el historial de cotizaciones expedida por el Instituto de Seguros Sociales y allegada al plenario por la parte actora (fls. 20 y ss), el señor Correa Duque realizó aportes a esa institución, antes del 1º de abril de 1994, equivalentes a 813 semanas. Con esta densidad de cotizaciones, es evidente que el afiliado superó con creces los presupuestos necesarios para dejar causado a sus causahabientes la pensión de sobrevivientes, de conformidad con las normas establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, ya que allí únicamente se exigían 300 semanas en cualquier tiempo” (folios 24 y 25, cuaderno 2).*

Refiriéndose a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el juez de alzada dijo que *“la imposición de esta formula de corrección monetaria sólo es posible en las prestaciones reconocidas bajo la normado en la Ley 100 de 1993. Sin embargo, tendiendo en cuenta lo que se dijo anteriormente, en cuanto a la amortización de la legislación anterior con la actualmente vigente, situación de que se encargó la misma ley 100 en el inciso segundo del artículo 31, el régimen anterior se entiende incorporado, en aquello que no fue derogado, al nuevo sistema de pensiones, por lo que de reconocerse una prestación bajo lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, será también susceptible de que se reconozcan intereses moratorios” (folios 25 y 26, cuaderno 2).*



En apoyo de su aserción, el Tribunal citó pasajes de la sentencia de 24 de febrero de 2005, radicación 23.759, dictada por esta Corporación.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN DE LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. “COLFONDOS S.A.”.

Pretende que se case la sentencia recurrida para que, en sede de instancia, se revoque la de primer grado y, en su lugar, se les absuelva en su totalidad.

Ataca la sentencia a través de dos cargos de los cuales la Corte analizará el primero dada su prosperidad.

PRIMER CARGO

Acusa el fallo de violar directamente, por interpretación errónea, los artículos 6° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el 1° del Decreto 758 del mismo año; 31, 115 y 141 de la Ley 100 de 1993; 53 de la Constitución Política, lo que condujo a la infracción directa de los artículos 151, 12, 13, 39 y 73 de la Ley 100 de 1993; 12 de la Ley 797 de 2003.

Sostiene que *“para demostrar la equivocación en la exégesis del Tribunal, sea lo primero advertir que la figura de los Bonos pensionales no*



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

puede servir de fundamento para atender que en el caso sub examine, sea dable aplicar el Acuerdo 049 de 1990 y no la ley vigente al momento del fallecimiento del afiliado, para efectos de la pensión de sobrevivientes, esto es la Ley 100 de 1993. En efecto la figura de los bonos pensionales fue diseñada con la finalidad de establecer unos vasos comunicantes entre las entidades administradoras del sistema general de pensiones para efectos de la pensión de vejez, pero no constituyen propiamente <cotizaciones>, como lo insinúa equivocadamente el Tribunal” (folio 39, cuaderno 3).

Más adelante, y luego de copiar apartes de sentencias proferidas por esta Corporación, indicó que *“como en el juicio presente reconoció el Tribunal que el señor Diego Correa Duque, hijo de la accionante falleció el 6 de abril de 2005, conforme a la inteligencia de la Corte Suprema de Justicia atrás transcrita, es el artículo 12 de la ley 797 de 2003 la norma aplicable, respecto de la cual el Tribunal se rebeló”* (folio 50, cuaderno 3).

VI. EL RECURSO DE CASACIÓN DE COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

El alcance de la impugnación lo presenta en similares términos al expresado anteriormente.

Ataca la sentencia recurrida a través de tres cargos, de los cuales se estudiará inicialmente el primero.



PRIMER CARGO

Acusa el fallo por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964, modificado por el artículo 7° de la Ley 16 de 1969, esto es, *“por violar en forma directa, en la modalidad de Aplicación Indebida, los artículos 31 y 115 de la ley 100 de 1993, el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, con la consecuente Infracción Directa de los artículos 12, 13 lit. c. y e., 16 Y 73 de la Ley 100 de 1993 y 12 de la ley 797 de 2003”* (folio 13, cuaderno 3).

En la demostración del cargo arguye:

“1. Afirma el Tribunal en la sentencia recurrida que el punto principal sobre el cual se detiene el recurso de apelación “tiene que ver con la posibilidad de aplicar el Decreto 758 de 1990 a las pensiones concedidas por los fondos privados de pensiones”.Partiendo de esta apreciación, trae a colación el Ad Quem lo consagrado por el inciso segundo del artículo 31 de la ley 100/93, para afirmar que esta norma “incluyó las normas del sistema anterior que no fueron derogadas a las normas actuales, lo que hace que dichas normas sean aplicables también a las entidades que fueron reguladas por la Ley 100 de 1993.” Sustenta su argumentación acudiendo a la figura de los bonos pensionales, consagrados normativamente por el artículo 115 de la ley 100/93, afirmando que éstos fueron creados por el legislador con “un trasfondo teleológico importante, como lo es ser la clara evidencia de que, el esquema de pensiones en nuestro país, es uno solo, que únicamente se dividió por utilidades prácticas, más al momento de garantizar los derechos de sus afiliados, se debe mirar como una unidad y, en tal condición, las cotizaciones efectuadas por el asegurado, deben surtir igual efecto en cualquiera de los sub regímenes o de las entidades que lo administran.”Todo esto para concluir que “si bajo las condiciones establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, administrado por el ISS, una persona satisfizo los requisitos necesarios para dejar causadas a sus beneficiarios una pensión, esta situación se mantiene así el afiliado haya decidido, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cambiarse a un fondo privado, puesto que para eso es que precisamente, se repite, fueron creados los bonos pensionales.” Y con este fundamento confirmó el fallo de primera instancia, por virtud del cual el Juzgado condenó a mi representada, en su calidad de llamada en garantía.2. Como el cargo se formula por la vía directa, se aceptan los supuestos de hecho en los que sustentó el Ad Quem su decisión, entre otros



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

los siguientes: Que el señor Diego Correa Duque estaba afiliado a la AFP administrada por COLFONDOS; que falleció el día 6 de abril de 2005; que la señora Amanda Duque de Correa, en su condición de madre del afiliado fallecido solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y que la misma fue negada por cuanto en el momento del fallecimiento del afiliado éste no contaba con la densidad de semanas necesarias para causar el derecho reclamado.3. Según lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 100/93, el sistema de seguridad social en pensiones vigente en Colombia a partir del 10 de abril de 1994, está compuesto por dos regímenes, excluyentes entre sí, a saber: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, parágrafo 1°, literal c) de la ley 100 de 1993. En consideración al hecho de la coexistencia de los dos subsistemas antes mencionados, articulados normativamente pero, se resalta, excluyentes entre sí, el legislador dispuso sendos regímenes legales para cada uno de éstos y es así como reguló las prestaciones que reconoce el Régimen de Prima Media en el Título II del Libro 1 de la ley 100/93 —artículos 31 a 58—, mientras que las propias del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad las reguló con las disposiciones contenidas en el Título III del mencionado Libro 1 de la ley 100/93 —artículos 59 a 112—. En este sentido, el literal e. del artículo 13 de la ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la ley 797/03, dispone que los afiliados al sistema de pensiones podrán escoger a cuál de los subsistemas prefieren, sometiéndose a la normatividad propia de cada cual, de acuerdo con su elección, tal como lo dispone el literal c. del mencionado artículo 13. Así mismo, y para resaltar la exclusividad de cada subsistema respecto del otro, el artículo 16 de la ley 100/93 estableció que “ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos regímenes del sistema general de pensiones.” Lo anterior fue ratificado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-538/96, en uno cuyo de los apartes se lee: la distinta posición en que pueden hallarse los asociados en uno y otro sistema, (refiérase a los regímenes pensionales de prima media y de ahorro individual), que obedece a la consideración de situaciones fácticas y jurídicas diferentes, evaluadas por el legislador dentro de la libertad que le corresponde para configurar la norma jurídica no constituye una discriminación prohibida por el artículo 13, porque no puede hablarse de trato discriminatorio cuando es el mismo afiliado quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro; no reimpone en consecuencia un solo régimen. La Ley dispuso la creación de un sistema dual, que comprende subsistemas que operan cada uno en forma autónoma e independiente y, además excluyente, lo cuál, a juicio de la Corte, se adecua a los mandatos constitucionales; por lo tanto, no es válido, como lo pretende el demandante, unificar los regímenes en materia de pensión mínima, por que de este modo se iría en contra de la voluntad del Legislador fundada en el consenso político logrado en el Congreso y en los sectores más representativos de la comunidad, ...” Ahora bien, en lo que tiene que ver con la Pensión de Sobrevivientes para los beneficiarios de los afiliados al subsistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la norma que consagra esta prestación es el artículo 73 de la ley 100/93, en los siguientes términos: “Los requisitos



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad, así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48 de la presente ley.”Lo que significa que el legislador, al prever la normatividad especial que gobierna el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dispuso de una norma especial que regulara a su vez la prestación de pensión de sobrevivientes.4. El acercamiento conceptual precedente es importante para demostrar el error en el que incurre el Ad Quem en razón a que, al remitirse al artículo 31 de la ley 100/93, está aplicando una norma que no es la correspondiente al caso, en desmedro de las que sí rigen en el mismo.5. El Tribunal en la sentencia que se recurre no tuvo en consideración las disposiciones legales antes mencionadas y ello lo condujo a vulnerarlas flagrantemente, pues aunque acepta que el señor Diego Correa Duque estaba afiliado a la AFP administrada por COLFONDOS, que es una entidad propia y exclusiva del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 60 de la ley 100/93, impone como fundamento normativo de su decisión una norma propia y exclusiva del régimen de Prima Media con Prestación Definida, como lo es el artículo 31 de la ley 100/93.6. De acuerdo, como se está, con los hechos que dan sustento al proceso, es evidente que nos encontramos ante una pensión de sobrevivientes sometida a las normas que gobiernan el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, motivo por el cual la norma aplicable para determinar si en cabeza de la demandante existe el derecho a la prestación demandada es el artículo 73 de la ley 100/93; norma especial que, en lugar de reproducir un texto normativo, remite al contenido en el artículo 46 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 12 de la Ley 797/03.7. La aplicación indebida de los artículos 31 y 115 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 6° del Acuerdo 049/90 (Decreto 758/90) antes explicada no permitió al Tribunal aplicar el artículo 73 de la ley 100/93, toda vez que, para entrar a resolver acerca de la norma aplicable para determinar los requisitos para optar por la pensión de sobrevivientes, se remitió directamente al artículo 46 de la ley 100/93 y terminó aplicando indebidamente normas del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.8. Es por ello que resulta evidente la aplicación indebida que hace el Ad Quem del artículo 31 de la Ley 100/93, puesto que este artículo es propio y exclusivo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera que no tiene aplicación dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que es aquél al que se encontraba afiliado el señor Diego Correa Duque y por cuyas normas se rigen las prestaciones a las cuales tuviera derecho él o sus eventuales beneficiarios. Como la aplicación indebida antes demostrada no permitió que el Ad Quem diera aplicación a la normatividad propia del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, que es la aplicable a este caso, la condena impuesta a mi representada al no dar aplicación a esta normatividad, carece de sustento jurídico y, además, claramente violatoria del expreso mandato legal contenido en el artículo 12 de la Ley 100/93, según el cual los dos regímenes en comento son excluyentes.10. Se hace necesario poner de presente que esta aplicación indebida tuvo su causa en una



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

inadecuada aplicación del principio de “condición más beneficiosa” por parte del Tribunal. En efecto, el Ad Quem sustenta su tesis en el sentido de que en el caso de marras es más beneficioso para la demandante la aplicación del Decreto 758/90 que la ley 100/93 y sus reformas, toda vez que considera que en el caso precedente el afiliado había perfeccionado un derecho a favor de su madre beneficiaria y entiende que tal salvaguarda de los derechos así constituidos está representada en la figura del Bono Pensional. Al respecto, a folio 20 del cuaderno del Tribunal, se lee: “Por ello, si bajo las condiciones establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, administrado por el ISS, una persona satisfizo los requisitos necesarios para dejar causado a sus beneficiarios una pensión, esta situación se mantiene así el afiliado haya decidido, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cambiarse a un fondo privado, puesto que para eso es que precisamente, se repite, fueron creados los bonos pensionales.”¹¹. Al razonar en este sentido, el Ad Quem incurre en un yerro conceptual en el que confunde los fundamentos que hacen procedente el principio de “condición más beneficiosa” con la figura del bono pensional. Este yerro se hace manifiesto toda vez que, para que se pueda establecer que, ante el tránsito legislativo una condición es más beneficiosa que otra para un eventual beneficiario de prestaciones, es necesario que exista una continuidad normativa entre esta que se predica gravosa y aquella que se asume como beneficiosa para el caso particular, y tal continuidad, en el caso de marras, tiene lugar en el evento en el que afiliado y beneficiarios se hayan mantenido bajo el régimen Prestacional de prima media, administrado por el ISS, de tal manera que en el caso, como es el presente, en el que el afiliado cambió del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, no es posible hablar de “condición más beneficiosa”, puesto que la continuidad se rompió con el traslado y este se realiza en el ejercicio de la libertad. 12. Consecuentemente, el Ad Quem hace una alusión improcedente al principio de “condición más beneficiosa”, máxime si se tiene en cuenta que la pensión de sobrevivientes, por depender su causación de una condición como lo es la muerte del afiliado, no entraña ningún derecho adquirido. 13. Por otra parte, al referirse al bono pensional como figura garante para la conservación del régimen del Seguro Social en cabeza de un afiliado que se traslada al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incurre el tribunal en un yerro conceptual, toda vez que el bono pensional no fue concebido como un mecanismo financiero que hiciera posible el traslado entre regímenes para efectos de la causación de la pensión de vejez, sino para permitir el ejercicio de la libertad en el cambio de régimen sin afectar el capital necesario para construir la protección pensional. En modo alguno el bono pensional puede ser un mecanismo para hacer extensivo el régimen de prima media en de ahorro individual o viceversa.¹⁴. De haber dado aplicación a las normas sustanciales que ignoró, por causa de haber aplicado indebidamente normas del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, la conclusión del Ad Quem hubiera sido la contraria: Hubiera determinado que en el caso de la demandante la norma legal aplicable para establecer si era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes era el artículo 73 de la ley 100/93, la cual remite al



EXP. 35438

artículo 12 de la ley 797/03, que en el momento del fallecimiento del afiliado estaba vigente y, al cotejar lo dispuesto por la norma con los hechos del proceso, habría llegado a la conclusión de que no se satisfacían los requisitos exigidos por la ley aplicable y que por lo tanto no se causaba en su favor la pensión de sobrevivientes. Al aplicarse los artículos 12, 13 lit. c. y e., 16 y 73 de la ley 100/93, normas procedentes y que el Tribunal no aplicó, se hace inaplicable el artículo 31 ibídem. 15. En suma, la confirmación por parte del Ad Quem de la condena impuesta por el A Quo, es una clara rebeldía respecto de lo dispuesto por los artículos 12, 13 lit. c. y e., 16 y 73 de la ley 100 de 1993, derivada de la aplicación indebida del artículo 31 de la ley 100/93 que le llevó a aplicar el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aplicación sustentada en un entendimiento inadecuado del principio de “condición más beneficiosa” y de la figura del bono pensional” (folios 14 a 18, cuaderno 3).

LAS RÉPLICAS

La demandante al confutar los cargos (folios 97 a 123, cuaderno 3), asevera, en suma, que el Tribunal no se equivocó por cuanto: (i) la condición más beneficiosa es aplicable a los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, y (ii) la sostenibilidad del sistema se garantiza teniendo en cuenta el bono pensional para las pensiones reguladas en el Acuerdo 049 de 1990.

Por su parte, **EI INSTITUO DE SEGUROS SOCIALES** sostiene que no es parte en el proceso, tal como se puede constar por medio del auto obrante a folios 192 y 193.

VII. SE CONSIDERA

Primeramente, hay que advertir que no le asiste razón a la recurrente Compañía de Seguros Bolívar S.A. en cuanto a que no es procedente la



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

aplicación del principio de la condición más beneficiosa cuando el causante al momento de la muerte se encontraba afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Aquí y ahora, debe reiterar la Corte Suprema de Justicia que el hecho de que el afiliado fallecido se hubiere trasladado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no hace perder el derecho de gozar de una pensión de sobrevivientes de origen común, a la luz de la mencionada condición más beneficiosa, siempre y cuando la densidad de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales sea suficiente para cumplir con las exigencias que antecedían a la Ley 100 de 1993, 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 precedía 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.



EXP. 35438

Así lo dejó asentado esta Corporación en muchos casos análogos, como por ejemplo en la sentencia del 22 de noviembre de 2004 con radicación 23387, reiterada en decisiones del 14 de julio de 2005 y 18 de mayo de 2006, radicados 25090 y 26692, respectivamente.

En otro orden de consideraciones, se puede observar que los cargos están encauzados a que se determine jurídicamente, que no es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, cuando el afiliado fallece en **vigencia de la Ley 797 de 2003**, así cumpla con la exigencia de las 300 semanas de cotización antes del 1° de abril de 1994, que consagraban los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año, habida cuenta que en estos eventos, los requisitos para poder obtener la pensión de sobrevivientes son los señalados en el artículo 12 de la citada Ley 797, que es el ordenamiento que verdaderamente gobierna la situación pensional de los beneficiarios del asegurado fallecido DIEGO CORREA DUQUE.

Pues bien, dada la vía escogida, no son objeto de cuestionamiento y están demostrados en el proceso los siguientes supuestos fácticos: **(I)** que el causante DIEGO CORREA DUQUE, estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y a COLFONDOS S.A. habiendo alcanzado a cotizar para el riesgo de pensión un total de 880 semanas, de las cuales 817 se aportaron antes del 1° de abril de 1994, al I.S.S.; **(II)** que el fallecimiento del asegurado tuvo ocurrencia el 6 de abril de 2005; **(III)** que la demandante AMANDA DUQUE DE CORREA era la madre del occiso, **(IV)** que la actora dependía económicamente del causante; y **(V)** que COLFONDOS S.A. le



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

negó la pensión de sobrevivientes, en virtud de que éste no cumplía con los requisitos del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, pues no había cotizado semana alguna en los tres (3) años que anteceden a la muerte del asegurado.

Puestas así las cosas, en sentir de la Sala es acertado el reproche que le enrostran las acusaciones a la sentencia del juzgador de segundo grado, respecto al marco normativo que se debió acoger en la **presente contienda** para dirimirla y la no cabida de la *<condición más beneficiosa>*. Resulta equivocada la postura del Tribunal en el sentido de que, por virtud a este principio, era aplicable el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por razón de que realmente la norma que rige el asunto es la vigente para el momento de la ocurrencia de la muerte del afiliado y a sus requisitos deben ceñirse los beneficiarios del causante.

Esta Sala de la Corte, en sentencia de 3 de diciembre de 2007 radicación 28876, reiterada entre otras, en casación del 20 de febrero de 2008 radicado 32649, en un caso análogo, fijó su propio criterio, que hoy ratifica por mayoría, y consideró que no era procedente la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando la muerte del afiliado acontece en vigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, puesto que es esta la normatividad aplicable para efectos de la pensión de sobrevivientes. En esa oportunidad puntualizó:

“(.....) Corresponde determinar las disposiciones aplicables al asunto en controversia, y así establecer si el ad quem incurrió en la violación normativa que denuncia el censor.

En ese orden, se impone afirmar que el fallador de alzada incurrió en los desaciertos jurídicos que le atribuye la censura, al resolver el asunto con



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

base en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, puesto que, sin duda alguna, al momento del fallecimiento de LLANOS TOLE <31 de julio de 2003>, la normatividad aplicable para efecto de la sustitución pensional, era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que inició su vigencia el 29 de enero de tal anualidad, que estableció como requisito que el afiliado al sistema que fallezca, debía haber cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, con una fidelidad de cotización del 20% en el tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento – sentencia C-1094 de 2003.

*Así las cosas, le asiste razón a la censura en cuanto a que en el presente asunto, no tiene aplicación el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de dicho año, **en aplicación del principio de la condición más beneficiosa consagrado en el artículo 53 de la Carta Política**, por lo que el ad quem incurrió en el error jurídico que indica en (sic) impugnante”.*

De tal modo que, el Tribunal se equivocó cuando aplicó los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, para con ello otorgarle el derecho a la demandante, cuando la verdad es que en el asunto bajo examen, no se reúnen los requisitos legales vigentes para la data de la muerte del asegurado, que permitiera a su causahabiente acceder a la pensión implorada.

Igualmente, debe reiterar la Sala que en el referido Acuerdo no existe una disposición que permita incluir en la suma de las semanas de cotización para acceder a la prestaciones allí estipuladas, lo correspondiente a los bonos pensionales creados por la Ley 100 de 1993, como sí acontece a partir de la vigencia de ésta.



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

También hay que decir que la demandante tampoco es acreedora a la pensión estatuida en el párrafo primero (1º) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003; esto dice la norma:

“Párrafo 1º. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

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

Al amparo del anterior precepto, no se verifica que el causante, quien era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hubiese cotizado quinientas (500) semanas en los veinte (20) años anteriores a su fallecimiento, dado que cotizó un total de 454,1429, en dicho periodo, ni 1.000 en cualquier tiempo.

A este respecto, dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 31 de agosto de 2010, radicación 42.628:

“Por ello cumple apuntar que, precisamente, una de las modificaciones que introdujo la Ley 100 de 1993 fue la del requisito para obtener el derecho a la pensión de vejez en materia de cotizaciones, cuestión que ahora se gobierna por el artículo 33 de ese estatuto normativo.

Así las cosas, conforme se anotó con antelación, debe entenderse que la alusión efectuada al número mínimo de semanas de que trata el párrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 es el fijado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le hayan sido introducidas, entre otras, por la propia Ley 797 de 2003.



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

Sin embargo, ello será así siempre y cuando que el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, en tal caso, y en tratándose de un afiliado al Seguro Social, por razón de los beneficios de ese régimen se le debe aplicar, en materia de densidad de cotizaciones, el régimen al cual se encontrara afiliado para el 1 de abril de 1994, que lo es el Acuerdo 049 de 1990, en particular su artículo 12, por así disponerlo el señalado artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Y lo anteriormente expuesto es así porque, en primer término, como quedó visto, las normas vigentes de ese acuerdo forman parte del régimen de prima media con prestación definida y, en segundo lugar, deben utilizarse en materia de edad, número de semanas cotizadas y monto de la prestación, para los beneficiarios del régimen de transición pensional”.

Por consiguiente, es incontestable que el Tribunal cometió los desaguizados jurídicos achacados en los ataques, por lo que **habrá de casarse** la sentencia impugnada.

Dada la prosperidad de los ataques la Sala se releva de estudiar los restantes cargos.

Como consideraciones de instancia, a más de las expresadas al estudiarse el primer cargo, es de anotar, que en el sub lite no quedó satisfecho el requisito de haber cotizado el causante en los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la muerte al menos cincuenta (50) semanas, pues como se dejó sentando en la esfera de casacional en ese período no cotizó semana alguna, lo cual por si solo no permite concederle a la demandante la pensión deprecada.

Ahora, como la demandante solicitó en forma subsidiaria se condenara a la **COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**



EXP. 35438

CESANTÍAS S.A. “COLFONDOS” a la devolución de los saldos que el causante tenía depositados en su cuenta individual incluido el valor del bono pensional, se accederá a ello por lo siguiente:

El artículo 78 de la Ley 100 de 1993 estatuye que la devolución de saldos opera cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, por lo que se le entregará a **sus beneficiarios** la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a éste hubiera lugar, norma declarada exequible mediante sentencia C-086 de 13 de febrero de 2002.

A su vez, el literal c del artículo 74, ibídem, consagra como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los padres del causante si dependían económicamente de éste, ello a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho.

Como en el asunto bajo examen el juez de primera de instancia sostuvo que la demandante, en su condición de madre, “*demonstró a través de la prueba testimonial recaudada en este despacho (MARTHA LUCÍA GARCIA ARBELÁEZ y OLGA MARIN DAVILA), que **dependía económicamente del causante***” (folio 276, cuaderno 1), resolución que no fue controvertida por las demandadas en el recurso de apelación, quedan así acreditados los supuestos fácticos señalados en las mencionadas disposiciones.



EXP. 35438

En consecuencia, se **revocará** la sentencia de primer grado, para en su lugar condenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** a reconocer y pagar a la señora **AMANDA DUQUE DE CORREA** la totalidad del saldo abonado en la cuenta del causante **DIEGO CORREA DUQUE**, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional.

Las costas de las instancias serán a cargo de la **COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. "COLFONDOS S.A.**, sin que haya lugar a ellas 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** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 31 de enero de 2008, en el proceso ordinario adelantado por **AMANDA DUQUE DE CORREA**, contra la **COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.- COLFONDOS-** y la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.**, llamada en garantía.

En sede de instancia, **SE REVOCA** la sentencia de primer grado, para en su lugar absolver a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** y condenar a la **COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. "COLFONDOS S.A."** a reconocer y pagar a la señora **AMANDA DUQUE DE CORREA** la totalidad



Corte Suprema de Justicia

EXP. 35438

del saldo abonado en la cuenta del causante **DIEGO CORREA DUQUE**, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional.

Se condena en costas en las instancias a parte vencida, sin que haya lugar a ellas en el recurso de casación.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO