

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL070-2018
Radicación n. 62463
Acta 03

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**, hoy **PORVENIR**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena, el 28 noviembre de 2012, en el proceso ordinario laboral que **YOVANIS CARDONA CORREA** adelanta contra **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.** y la recurrente.

Se acepta el impedimento manifestado por el magistrado Fernando Castillo Cadena.

I. ANTECEDENTES

La citada accionante promovió demanda laboral contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y la Compañía de Seguros de Vida Colombia S.A., con el propósito de que sea condenado al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 9 de agosto de 2007, el reajuste de las mesadas pensionales conforme la Ley 4ª de 1976 y la Ley 100 de 1993, el retroactivo, los intereses moratorios, lo que resulte probado *extra o ultra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones refirió que se afilió a la AFP demandada el 15 de junio de 2002; que la administradora accionada la calificó con una pérdida de capacidad laboral de 71.9% de origen común con fecha de estructuración del 9 de agosto de 2007; no obstante, a través de comunicación de 16 de marzo de 2011 le negó la pensión de invalidez por no cumplir el segundo de los requisitos establecidos en el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003; que presentó «*recurso de reconsideración*» a fin de que dicha determinación fuera revocada, el cual fue negado, y que inició acción de tutela a fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales, que fue resuelta negativamente por el Juez Once Civil Municipal de Cartagena (f.º 2 a 13).

BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación de la demandante, la pérdida de capacidad laboral, la reclamación

administrativa y su respuesta negativa. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe y la innominada (f.º 76 a 100).

Por su parte, BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., se opuso a las pretensiones incoadas por la promotora del litigio en el escrito inicial, y de sus presupuestos fácticos aceptó la afiliación de la actora a la AFP accionada, la pérdida de capacidad laboral, la fecha de estructuración, la reclamación administrativa y su respuesta. En su defensa, propuso los medios exceptivos de ausencia de cobertura, inexistencia de la obligación, carencia del objeto de la demanda y cobro de lo no debido (f.º 130 a 137).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante fallo de 18 de noviembre de 2011, resolvió (f.º 168 a 180):

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, falta de causa en las pretensiones de la demanda y buena fe, formulados por la defensa.

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción formulada por la demandada, indicando que procede solo sobre la acción de la demandante para reclamar las mesadas pensionales dejadas de pagar desde el 18 de febrero de 2008 hacia atrás, por los motivos expuestos en la parte considerativa de este fallo.

TERCERO: CONDENAR a la demandada BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a reconocerle a la demandante (...) una pensión de invalidez en cuantía igual al salario mínimo legal mensual vigente para cada año. En consecuencia, la demandada deberá pagarle a la demandante lo siguiente:

a) La SUMA DE \$26.593.300 por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 18 de febrero de 2008 hasta el 31 de octubre de 2011, guarismo del cual podrá descontar lo que haya pagado por el mismo concepto.

b) Las mesadas pensionales causadas desde el 1º de noviembre de 2011 en adelante, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

c) Los intereses moratorios que se causen desde el mes de agosto de 2001 a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago de las mesadas pensionales.

CUARTO: ABSOLVER a la enjuiciada de las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la enjuiciada COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. de todas las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: Costas a cargo de la parte demandada.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la demandada BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante la sentencia recurrida en casación, confirmó la del *a quo* (f.º 14 a 25 del C. del Tribunal).

En lo que interesa a los fines del recurso extraordinario, indicó que el problema jurídico radicaba en determinar si en el *sub lite* se debía aplicar el requisito de

fidelidad previsto en el artículo 12 Ley 797 de 1993, pese a que la invalidez se estructuró el 9 de agosto de 2007, esto es, con anterioridad a la sentencia C- 428 de 2009 proferida por la Corte Constitucional mediante la cual se declaró inexecutable el requisito de fidelidad contenido en dicha norma.

Para arribar a tal decisión, señaló que estaba debidamente probado: (i) que la demandante estaba afiliada a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías; (ii) que fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 71.9% con fecha de estructuración 9 de agosto de 2007, y (iii) que cotizó más de 50 semanas en los tres años anteriores a dicha data.

Resaltó que la norma aplicable es la vigente a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003. Indicó que dicha norma fue declarada parcialmente inexecutable a través de la sentencia C - 428 de 2009, por cuanto el requisito de fidelidad creaba una exigencia que no resultaba legítima desde el punto de vista constitucional.

A continuación, trajo a colación la providencia CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 42540 en la que esta Sala de la Corte cambió su postura sobre el tema y estableció una nueva directriz sobre la inaplicación del requisito de fidelidad por ser regresivo y contrario a preceptos constitucionales, para

concluir que si bien la invalidez de la demandante se configuró cuando aún se encontraba vigente la referida exigencia retirada del ordenamiento jurídico con anterioridad a la solicitud pensional presentada por la actora y, en consecuencia, no le era dable a la accionada desconocer la aplicación de dicha providencia, por lo que al estar probado que Cardona Correa fue calificada con un 71.9% de pérdida de capacidad laboral y cuenta con 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, le asistía el derecho a la pensión reclamada.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la parte recurrente que la Corte case la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, se revoque la proferida por el *a quo* y, en su lugar, se absuelva de todas las pretensiones.

Subsidiariamente, solicita que se «case parcialmente» la decisión impugnada en cuanto confirmó la condena impuesta por el *a quo* por concepto de intereses moratorios

para que, en sede de instancia, la absuelva del pago de las mismas.

Con tal propósito, formula tres cargos por la causal primera de casación, que dentro del término legal no fueron objeto de réplica. La Sala Procederá a resolver conjuntamente los dos primeros por atacar similar elenco normativo y perseguir idéntica finalidad.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia recurrida por violar la ley sustancial, por la vía directa en el concepto de interpretación errónea de los artículos *«45 de la Ley 270 de 1996, 48 y 53, 93 y 94 de la Constitución Política, 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que llevó a aplicar en forma indebida el 4 de la Constitución Política y a infringir directamente el numeral 1 de la Ley 860 de 2003, en la forma como se hallaba antes de ser declarado parcialmente inexecutable»*.

Para sustentar su acusación aduce que no discute las conclusiones de naturaleza fáctica del Tribunal, esto es: (i) que la demandante se hallaba afiliada al fondo accionado; (ii) que fue declarada inválida, y (iii) que al momento de la estructuración no contaba con la fidelidad del 20% en las cotizaciones entre la fecha del cumplimiento de los 20 años y la fecha de declaratoria de invalidez.

Afirma que la sentencia de la Corte Constitucional C-428 de 2009 por medio de la cual se declaró inexecutable la expresión sobre la fidelidad al sistema, contenido en el numeral 1.º del artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, produjo efectos exclusivamente hacia futuro, sin excepción alguna, pues esa Corporación no dispuso lo contrario.

Indica que esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL, 3 ago. 2009, rad. 33744, en un caso similar al presente, estimó infringido el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, bajo el entendido que los fallos de la Corte Constitucional dictados en sede de constitucionalidad, tienen efectos hacia futuro.

En ese orden, señala que la exigencia de la fidelidad contenida en el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003 produjo la plenitud de sus efectos hasta que fue retirada del ordenamiento jurídico, pues el alto tribunal constitucional no señaló que la decisión de inexecutable trae consecuencias retroactivas; luego, es forzoso concluir que lo que busca es que la norma tenga efectividad hasta el momento de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Indica que no desconoce el actual discernimiento mayoritario de esta Sala de la Corte sobre el tema, razón por la que propone un cambio del criterio. En su sentir, la claridad de las reglas aplicables en relación a las consecuencias de las sentencias de inexecutable no es cuestión irrelevante, pues tiene relación directa con valores

constitucionales como la seguridad jurídica y la buena fe. De ahí que, solamente, la Corte Constitucional sea la encargada de establecer esos efectos que, en modo alguno, pueden *«quedar al vaivén de las interpretaciones, pues, por mandato legal quedan definidos, sin excepción, en cada una de las sentencias en las que se decide la inconstitucionalidad de una norma»*.

Agrega que, el principio de progresividad no puede ser entendido con un carácter absoluto y prohibitivo de las modificaciones en los derechos sociales, razón por la que no es posible dejar de aplicar la fidelidad en las cotizaciones, máxime que con tal requisito se busca mantener el equilibrio financiero del sistema, a fin que la protección que otorga a todos los afiliados pueda mantenerse a largo plazo.

Estima que el Tribunal interpretó equivocadamente el artículo 48 de la Constitución Política, puesto que para cuando se profirieron los fallos de instancia, el Acto Legislativo 01 de 2005 ya había modificado el referido artículo, en el sentido de incorporar como principio de la seguridad el de la sostenibilidad financiera del sistema. Así, considera que dicho principio se ve afectado cuando por vía judicial se otorgan prestaciones por fuera de lo establecido en las normas vigentes, en tanto no se cuenta con el respaldo económico suficiente.

Concluye entonces que, para la fecha en que se estructuró la invalidez de la actora, el artículo 1.º de la Ley

860 de 2003 producía la plenitud de sus consecuencias jurídicas, porque la declaratoria de inconstitucionalidad se presentó el 1º de julio de 2009 y con efectos hacia futuro.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia recurrida de violar la ley sustancial, por la vía directa y en el concepto de infracción directa del *«artículo 45 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, 20 de la Ley 393 de 1997, y el numeral 1 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en la forma con se hallaba antes de ser declarado parcialmente inexecutable, lo que condujo a la aplicación indebida del artículo 4 de la Constitución Política»*.

Para sustentar su acusación aduce, además de similares argumentos a los expuestos en el cargo anterior, que al inaplicar el *ad quem* el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, por considerar que esa norma siempre fue contraria al derecho fundamental y que desde antes de ser declarada inexecutable estaba en contra de la Constitución Política, el Tribunal utilizó la denominada excepción de inconstitucionalidad, valiéndose en forma indebida del artículo 4.º de la Carta Política. Que con dicha conducta incurrió en la infracción directa del artículo 20 de la Ley 393 de 1997, pues de acuerdo a dicho mandato, no era posible que en el lapso en que estuvo vigente aquella normativa, se predicara respecto de ella, la excepción de inconstitucionalidad.

VIII. CONSIDERACIONES

Dada la vía escogida en la censura, no son objeto de discusión y se encuentran debidamente probados los siguientes supuestos fácticos: *(i)* que Yovanis Cardona Correa fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 71.9% de origen común; *(ii)* que la fecha de estructuración de su estado fue el 9 de agosto de 2007 y, *(iii)* que cotizó más de 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de su estado de invalidez.

En lo que tiene que ver con el requisito de fidelidad al sistema de pensiones, esta Corporación en sentencias CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832 y CSJ SL, 10 jul. 2010, rad. 42423 (pensión de invalidez), y luego, en providencias CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 42540 y CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 42501 (pensión de sobrevivientes), cambió su criterio para señalar que tal exigencia incorporada en las reformas pensionales (Ley 797 y Ley 860 de 2003) del Sistema General de Pensiones, impuso una evidente condición regresiva en relación con lo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, los juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicarla, por resultar abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la Carta Política, especialmente con el principio de progresividad y no regresividad.

Tal decisión no implica darle retroactividad a la sentencia C - 428 de 2009, sino más bien, constituye una

expresión del deber de los jueces de inaplicar en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 CP), las normas legales que sean manifiestamente contrarias e incompatibles con el marco axiológico de la Constitución Política.

Ahora bien, en cuanto al argumento de la parte recurrente según el cual el principio de progresividad y no regresividad no es absoluto, debe precisarse que si bien ello es cierto, también lo es que *«cuando se restrinja el campo de aplicación de un derecho de esta índole, se impone al Estado una carga argumentativa que no se dio con suficiente solidez en el caso del requisito de fidelidad impuesto por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003»* (CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 42501).

En ese orden, la decisión del Tribunal está acorde con el criterio de esta Sala, que ha sido reiterado en múltiples sentencias a cuyo contenido se remite (CSJ SL17484-2014; CSJ SL9182-2014; CSJ SL4346-2015; CSJ SL7099-2015; CSJ SL 5671-2016; CSJ SL6317-2016; CSJ SL6326-2016; CSJ SL9250-2016; CSJ SL12207-2016; CSJ SL12489-2016; CSJ SL1087-2017; CSJ1096-2017, entre otras).

Por último, en cuanto a la presunta vulneración del párrafo del artículo 20 de la Ley 393 de 1997, cumple anotar que esta disposición adquiere vigor en el trámite de las acciones de cumplimiento. Adicionalmente, lo que dicho enunciado prohíbe es que la administración justifique su incumplimiento en la inconstitucionalidad de preceptos que

han sido objeto de análisis de exequibilidad por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, supuesto disímil al del *sub lite*, en el que nos encontramos frente a una norma abiertamente contraria a la Carta Política, cuya no aplicación resulta válidamente justificada.

De manera que en este asunto, conforme a los supuestos fácticos que no son objeto de discusión y al no encontrar la Sala razones para cambiar el criterio jurisprudencial que hasta ahora se ha mantenido vigente de forma mayoritaria, se concluye que el Tribunal no cometió los yerros jurídicos que se le endilgan y, en este orden de ideas, los cargos no tiene vocación de prosperidad.

IX. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para sustentar el cargo sostiene que el *ad quem* interpretó erradamente la norma, porque la imposición de intereses moratorios no es imperativa e inexorable en todos los casos. A su juicio, en situaciones excepcionales, como cuando existe un serio y real motivo de duda sobre el surgimiento del derecho, se presenta una razón atendible y suficiente para que no se impongan intereses de mora.

Sostiene que si la conducta de la entidad de seguridad social tuvo apoyo en las normas aplicables y en la jurisprudencia vigente, no puede ser considerada como dilatoria u omisiva, esto es, no puede ser tenida como morosa y, por ende, no es posible imponer una medida que busca resarcir los perjuicios ocasionados por la tardanza en reconocer la obligación.

X. CONSIDERACIONES

En casos como el presente, en el que se debate el derecho a la pensión fundado en la ausencia del requisito de fidelidad al sistema de pensiones, esta Corporación ha estimado que los intereses moratorios resultan improcedentes, dado que el reconocimiento pensional se ordena por la inaplicación de la aludida exigencia, máxime cuando la actuación de la AFP demandada, estaba amparada en una preceptiva de orden legal vigente para el momento de la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante (CSJ SL5863-2014).

En efecto, sobre el tema en cuestión, esta Sala a través de fallo CSJ SL10504-2014, adoctrinó:

En el sub lite procede entonces la exoneración de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues como se dejó suficientemente explicado con ocasión del recurso extraordinario, la concesión de la pensión de sobrevivientes obedeció a la inaplicación del requisito de fidelidad por su evidente contradicción con el principio constitucional de progresividad que rige en materia de seguridad social, aún antes de la declaratoria de inexequibilidad operada en sentencia CC C-

556/09, lo que implicó un cambio de jurisprudencia que no podía prever la administradora demandada.

Y posteriormente, en sentencia SL10637-2014, manifestó:

No se dispondrá el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en razón a que la entidad aplicó la normatividad que estaba vigente en ese momento para negar el derecho pensional, pues el reconocimiento de la prestación económica a la demandante se hace en virtud al nuevo criterio que viene adoptando la Sala sobre la inaplicación del requisito de fidelidad, aun frente a derechos que se causaron en vigencia de aquellas normas que consagraban tal exigencia. De ahí que se revocará la sentencia, en cuanto condenó a la demandada al pago de los referidos intereses, para en su lugar, absolver sobre ellos.

El anterior criterio se ha reiterado, entre otras, en las providencias CSJ SL, 6326-2016. CSJ SL, 8552-2016 y CSJ SL4948-2017.

Así las cosas, en el presente caso resultan improcedentes los intereses aludidos, y al advertirse la existencia del yerro endilgado, el cargo prospera.

Sin costas en el recurso extraordinario, dada su prosperidad parcial.

XI. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, son suficientes los argumentos esgrimidos en la esfera casacional para revocar

parcialmente el fallo de primera instancia y, en su lugar, negar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada. Sin costas en la segunda instancia.

XII. DECISIÓN

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 **CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 28 de noviembre de 2012, en el proceso ordinario que **YOVANIS CARDONA CORREA** adelanta contra **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS** y **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**, en cuanto confirmó la condena del *a quo* por concepto de intereses moratorios. No casa en lo demás.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero literal c) del fallo proferido el 18 de noviembre de 2011 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena y, en su lugar, se absuelve a **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS** de los intereses moratorios. Confirma en lo demás.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

IMPEDIDO

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN