



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL6326-2016
Radicación n. 69458
Acta 15

Reiteración de jurisprudencia

Bogotá, D. C., cuatro (04) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

En uso de la facultad prevista en el inc. 3 del art. 16 de la L. 1285/2009, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 19 de mayo de 2014, en el proceso seguido por **NORALBA RODRÍGUEZ** y **ELIZABETH CASTAÑO RODRÍGUEZ**, contra la **SOCIEDAD**



ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, trámite al cual fue vinculada **MARGARITA ROSA CASTAÑO DUCUARA**.

I. ANTECEDENTES

Las citadas accionantes promovieron demanda laboral contra la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el propósito de que se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes causada con ocasión el fallecimiento de Alberto Antonio Castaño Pineda, las mesadas pensionales ordinarias y adicionales desde el 10 de mayo de 2008 debidamente indexadas, los intereses moratorios consagrados en el art. 141 de la L. 100/1993 y las costas del proceso.

En respaldo a sus pretensiones, refirieron que Alberto Antonio Castaño Pineda estuvo afiliado al sistema de seguridad social, inicialmente con el ISS y COLFONDOS, y luego con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, hasta la fecha de su fallecimiento; que aquél contrajo matrimonio católico con Noralba Rodríguez el 31 de julio de 1989, unión que estuvo vigente durante más de 19 años y de la cual nació Elizabeth Castaño Rodríguez el 14 de septiembre de 1991; que



Castañó Pineda falleció el 10 de mayo de 2008; que elevaron reclamación ante Porvenir, la cual fue resuelta el 30 de octubre de 2008 de forma desfavorable, por no contar con el requisitos de fidelidad de cotización al sistema general de pensiones. Agregaron que el fallecido contaba con 226,43 semanas, por lo que *«además de cumplir con el requisito de 50 semanas en los últimos 3 años a la fecha en que se produjo su fallecimiento, también acreditó el 20% de fidelidad al sistema, no obstante haberse declarado inexecutable este requisito»* (fls. 4-7).

La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, únicamente aceptó la afiliación del causante, la reclamación elevada por las demandantes, la negativa al reconocimiento de la pensión y, que al momento del deceso aquél reunía las 50 semanas de cotización en los últimos tres años anteriores a la muerte.

En su defensa manifestó que el causante no dejó acreditado el requisito de fidelidad en la cotización para con el Sistema General de Pensiones, en tanto que, durante el periodo comprendido entre la fecha en que cumplió 20 años de edad y la fecha de fallecimiento debía cotizar 82,08 meses, y solo completó 76,01. Formuló las excepciones de fondo de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro



de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, falta de acreditación de los requisitos legales para reconocer la pensión de sobrevivencia, pago, compensación, buena fe, mala fe y temeridad de la parte actora, y la innominada o genérica. (fls. 35-46).

A través de auto de 19 de abril de 2012, el Juzgado de conocimiento ordenó la integración del contradictorio con Margarita Rosa Castaño Ducuara (fls. 116-118).

Al comparecer al proceso, la vinculada manifestó no oponerse a las pretensiones formuladas por las accionantes pero solicitó que la pensión de sobrevivientes fuera reconocida a su favor, en la proporción legal que le corresponda, junto con las mesadas ordinarias y adicionales, la indexación, los intereses moratorios, lo que resulte *ultra y extra petita* y las costas del proceso. Además, aceptó la totalidad de hechos expuestos en la demanda inicial (fls. 124-126).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, mediante fallo del 31 de julio de 2013, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas como de mérito por la entidad demandada, excepto las de prescripción y pago que operan parcialmente, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCEIDAD (sic) ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (...), a pagar una vez ejecutoriada esta providencia en favor de la señora NORALBA RODRIGUEZ (sic) y de las señoritas ELIZABETH CASTAÑO RODRIGUEZ (sic) y MARGARITA ROSA CASTAÑO DUCUARA, la pensión de sobrevivientes que reclaman por el fallecimiento de su cónyuge y padre señor ALBERTO ANTONIO CASTAÑO PINEDA, a partir del 10 de mayo de 2008, con los incrementos periódicos de Ley, mesadas adicionales, ya causadas y las que se sigan causando, mientras subsista el derecho, mesada que no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, en el caso de su cónyuge en proporción del 50% y en el caso de sus dos hijas, el restante 50%, reconocimiento que hará hasta el cumplimiento de su mayoría de edad (14 de septiembre de 1991) en el caso que ELIZABETH CASTAÑO RODRIGUEZ (sic) y hasta el año 2012 en el caso de MARGARITA ROSA CASTAÑO DUCUARA o hasta los 25 años, si éstas acreditan que se encuentran estudiando ante la entidad demandada; una vez cumplidos los 25 años, su parte acrecentara la pensión de su señora madre.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a pagar en favor de las demandantes, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 27 de julio de 2008 y a partir del 12 de febrero de 2009 a favor de la integrada en litis, hasta que se efectuó el pago total de las mesadas debidas por concepto de pensión de sobrevivientes.

CUARTO: AUTORIZAR a la entidad demandada PORVENIR S.A. para que descuente del monto de las mesadas pensionales reconocidas, la suma de consignada en la cuenta de ahorro de la señora NORALBA RODRIGUEZ (sic) por concepto de devolución de aportes, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de las partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la sentencia recurrida en casación, resolvió:

(...) PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia 462 del 31 de julio de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, en el sentido de señalar que:

- a) La mesada inicial que corresponde ser cancelada a partir del 10 de mayo de 2009, asciende a la suma de \$842.388,00*
- b) Como mesadas insolutas, causadas entre el 10 de mayo de 2008 al 30 de abril de 2014, a favor de las demandantes, asciende a la suma total de \$79.379.331,00*
- c) a partir del mes de mayo de 2014, la mesada pensional a cancelar a favor de la actoras corresponde a la suma de \$1.033.901,00.*

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia 462 del 31 de julio de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, en el sentido de señalar que: al momento de realizar el descuento de devolución de saldos que fue autorizado en la decisión de primera instancia, sobre los valores adeudados a favor de la actora NORALBA RODRIGUEZ (sic) dicha suma deberá ser debidamente indexada, tomando como fecha de inicio para tal fin el 30 de diciembre de 2008. El monto total al 30 de abril de 2014, asciende a \$6.553.834,05.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

En lo que interesa a los fines del recurso extraordinario, el Tribunal sustentó su decisión en que Castaño Pineda falleció el 10 de mayo de 2008, por lo que la norma vigente al momento del fallecimiento era el art. 46 de

la L. 100/1993 con la reforma introducida por el art. 12 de la L. 797/2003, normativa que fue declarada inexecutable en sentencia C-556/2009.

A continuación, precisó que *«ésta Sala ha considerado, en similares asuntos con el aquí planteado, que las razones que motivaron la expulsión del ordenamiento jurídico de los literales a) y b) del artículo en referencia no aparecieron afectando la norma, con posterioridad a su vigencia sino que desde su surgimiento a la vida jurídica estaba en contravía de los mandatos consagrados en la Constitución Política»*. De ahí estimó que no era posible exigirle al causante que cumpliera con el requisitos de fidelidad a que la norma se refería, pues *«aún cuando para la época en que ocurrió el fallecimiento del causante estuviese vigente, pues resulta imperioso hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, establecida en el referido artículo 4 de la Carta Magna por cuanto, se insiste, durante toda su vigencia estuvo en contravía de la norma Superior, tal como lo determinó el órgano límite de la jurisdicción constitucional en el pronunciamiento judicial antes mencionado»*.

En ese orden indicó que ante la inaplicación de los literales a) y b), sólo requería el causante haber cotizado un total de 50 semanas en los tres años anteriores a su fallecimiento, es decir, entre el 10 de mayo de 2005 y el 10 de mayo de 2008, requisito cuyo cumplimiento no estaba en discusión dentro del plenario, por lo que cumplía ampliamente con la exigencia del numeral 2) del art. 12 de



la L. 797/2003 para generar a favor de sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la L. 100/1993, precisó que eran procedentes en tanto que al tener un carácter resarcitorio, no deben valorarse las situaciones que conllevaron a la tardanza, por lo que *«configurada la mora en la solución del reconocimiento de la prestación debe resarcirse la misma mediante el pago de éstos en favor del pensionado, sin haber ningún otro análisis»*.

Luego de ello, se refirió al descuento por concepto de aportes a salud, y señaló: *«Frente a la discrepancia respecto de que se debe corregir el error de reconocer la pensión de sobrevivientes, ordenando el pago del retroactivo correspondiente sin tener en cuenta los beneficiarios deben asumir el pago o descuento correspondiente para la EPS, la Sala estima que tal argumento no fue materia de discusión en primera instancia, no siendo esta la oportunidad para establecer si le asiste o no el derecho deprecado»*. (fls. 9-34, C. Tribunal).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la administradora demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte CASE la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, se REVOQUE el fallo del Juzgado y, en su lugar, se le absuelva de todas las pretensiones.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, los cuales no fueron objeto de réplica.

VI. CARGO PRIMERO

Ataca la sentencia por ser violatoria de la ley, por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida de «los artículos 4º, 48 y 53 de la Constitución Política, 141 de la Ley 100 de 1993 y 12 numeral 2º de la Ley 797 de 2003, al haber concedido la pensión reclamada teniendo en cuenta únicamente el cumplimiento del requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores al día del fallecimiento del señor Alberto Antonio Castaño Pineda, y por la infracción directa de los artículos 45 de la Ley 270 de 1996, 16 del Código Sustantivo del Trabajo, 20 de la Ley 393 de 1997, 1º, 29, 230, 241 y 243 de la Carta Magna, 1º del Acto legislativo 01 de 2005 y 12 numeral 2º literal a) de la Ley 797 de 2003 en lo que atañe a la fidelidad de la cotización para con el sistema pues no la tuvo en cuenta para negarse a otorgar la pensión pedida».

En sustento de su acusación aduce, en primer lugar, que admite sin debate las conclusiones de naturaleza fáctica en las que el sentenciador de segundo grado asentó su decisión, en especial que el causante *«no reunía el número de semanas necesario (sic) para cumplir con el requisito de fidelidad de aportes al sistema de seguridad social aunque sí poseía más de 50 semanas cotizadas en el trienio anterior a esa calenda»*.

Señala que el art. 45 de la L. 270/1996 dispone que las sentencias que profiera la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad, tienen efectos hacía futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario. De ahí que la sentencia C-556/09 a través de la cual se declaró inexecutable los literales a) y b) del num. 2 del art. 12 de la Ley 797/2003, *«sólo hubiera podido producir efectos retroactivos si éstos hubiesen quedado consignados en su texto, pues de otra forma sólo tendrían implicaciones hacia la posteridad»*.

En ese orden, si la Corte declaró la inexecutable ello tiene efectos *erga omnes*, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas sin excepción alguna y sin darle retroactividad a su providencia, por lo que el juez colegiado estaba compelido a obedecer el pronunciamiento, sin que fuera válido desconocer la norma original.

De lo expuesto, concluye que *«como el señor Castaño al día de su defunción no reunía el número de semanas exigido por el artículo 12 numeral 2º literal a) de la Ley 797 de 2003 para alcanzar el lleno del requisito de fidelidad de aportes en el sistema, es ostensible que su cónyuge y sus hijas no estaban llamadas a acceder a la pensión perseguida y, por lo tanto, brilla el desatino del fallador ad quem al haberla otorgado».*

Agrega que *«es innegable que acatando la orden dada por el artículo 230 de la Carta Magna (así como lo consagrado en el párrafo del artículo 20 de la Ley 393 de 1997) el Tribunal estaba obligado a dirimir el litigio sometido a su discernimiento con base en el texto completo y primigenio del mencionado artículo 12 numeral 2 literal a) de la Ley 797 de 2003 y, por ende, al no cumplir el tantas veces citado señor Castaño con lo allí señalado era obvio que lo correcto hubiera sido absolver a la Administradora frente a lo rogado en su contra y no condenarlo a sufragar la prestación de sobrevivientes».*

Aduce que es incontrovertible que el causante no satisfacía la fidelidad de cotizaciones en el sistema de seguridad social y, en esa medida, el sentenciador debió rehusarse a conceder a la pensión, de conformidad con los arts. 230 de la CN y el art. 1º del A.L. 001/2005

VII. CONSIDERACIONES

Dada la vía escogida por el censor, no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos establecidos por el *ad quem*: (i) que Alberto Antonio Castaño Pineda falleció el 10 de mayo de 2008; (ii) que las actoras y la *litisconsorte* necesaria eran beneficiarias de la pensión de sobrevivientes y, (iii) que Castaño Pineda contaba con más de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a su fallecimiento.

Igualmente, no es materia de cuestionamiento en el recurso extraordinario, que la parte actora elevó ante la administradora accionada, solicitud de pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada por no tener cumplidos los requerimientos del art. 12 de la L. 797/2003, en tanto el causante «no acreditó el 20% de fidelidad de cotización al Sistema General de Pensiones».

Pues bien, frente al tema objeto de discusión, conviene precisar que el requisito de la fidelidad al sistema que consagró el art. 12 de la L. 797/2003, impuso una evidente condición regresiva, en comparación con los requerimientos contenidos en la normativa que le precedía, esto es, el art. 46 de la L. 100/1993. Así las cosas, acertó el Tribunal al inaplicar la referida exigencia, por ser contraria al principio de progresividad.

Lo anterior, no obedece como lo sugiere el ente recurrente, a darle efectos retroactivos a la decisión de inexequibilidad contenida en la sentencia C-556/2009, sino a la manifiesta contradicción de esa exigencia con el citado principio constitucional.

Al respecto, la Sala ha señalado que el Juzgador debe abstenerse de aplicar disposiciones legales regresivas aún frente a situaciones consolidadas antes de su declaratoria de inexequibilidad, en los eventos en que ello constituya un obstáculo para obtener un derecho pensional. Es así como en sentencia CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 42423, adoctrinó:

(.....) la nueva composición de la Sala, por mayoría de sus miembros, en sentencia de 20 de junio de 2012 rad. N° 42540, frente a una prestación de sobrevivientes pero cuyos argumentos resultan aquí plenamente aplicables, varió su criterio en lo referente a los efectos que debe surtir la declaratoria de inexequibilidad de una determinada disposición en materia de seguridad social, que haya impuesto un requisito que el juez de la Carta encuentra contrario a preceptos superiores por ser abiertamente regresivo.

En esos eventos y ante la existencia de una previsión legal que desconoce el principio de progresividad el cual irradia las prestaciones de la seguridad social, el juzgador para lograr la efectividad de los postulados que rigen la materia y valores caros a un estado social de derecho consagrados en nuestra Constitución Política, especialmente en los artículos 48 y 53, y que encuentran sustento también en la regulación internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los tratados sobre el tema ratificados por el Estado Colombiano los cuales prevalecen sobre el orden interno, debe abstenerse de aplicar la disposición regresiva aún frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexequibilidad, en las hipótesis en que ella se constituya en un obstáculo para la

realización de la garantía pensional máxime en casos como la pensión de invalidez, en que se trata de proteger a una población en circunstancias de vulnerabilidad y que amerita especial protección. Lo anterior significa que no se está disponiendo su inaplicabilidad general, pues frente a quienes la norma no resulte regresiva y consoliden el derecho durante el tiempo que tuvo vigor debe surtir plenos efectos.

De igual manera, la Corte se ha pronunciado en relación con la inaplicación del requisito de la fidelidad al sistema, para proteger los derechos de los beneficiarios del afiliado frente al cambio normativo que introdujo el art. 12 de la L. 797/2003. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 42501, señaló:

El principio de progresividad y no regresividad está consagrado, tanto en la Constitución Política de 1991 (artículo 48), como en el “Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC)”, ratificado por Colombia, el cual debe tenerse en cuenta por virtud de lo establecido en el artículo 93 superior, a la hora de interpretar los derechos y deberes constitucionales.

El artículo 12 de la Ley 797 de 2003, estipuló que, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el afiliado además de haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres años anteriores a su muerte, tuviera una fidelidad al sistema de seguridad social, consistente en haber cotizado el 20% (Sentencia C-1094 de 2003) “del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento”.

Como atrás se dejó sentando el causante cumplió la primera exigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, consistente en cotizar las cincuenta (50) semanas en el término allí señalado.

Sin embargo, no cumplió con la segunda condición exigida por la mencionada norma, cuál era el requisito de fidelidad al sistema, pues, según el ISS, solo acreditaba un 5,33% de fidelidad de cotización, requiriendo un porcentaje mucho mayor y equivalente al 20% del lapso comprendido entre la fecha de cumplimiento de los veinte años de edad y la data de la muerte.

Pero sucede que esa segunda exigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, impuso una evidente condición regresiva, comparativamente con lo establecido por la normativa anterior, es decir, por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Por manera que el Tribunal erró al no aplicar el principio de progresividad, dado que, al exigir el citado requisito de fidelidad, transgredió tal principio constitucional.

Si bien el principio de progresividad no es un principio absoluto, 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.

El principio de progresividad y no regresividad posee la naturaleza de norma jurídica, en el sentido de marcar una directriz al momento de aplicar las reglas de derecho.

Debe recordarse que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de dicho requisito de la fidelidad al sistema general de pensiones, por medio de la sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009. Es decir, en una fecha posterior a la de la muerte del afiliado José Fernando Pachón Estrada. Pero la inaplicación de la exigencia de fidelidad al sistema, debió hacerse por el Tribunal, no por razón de darle efectos retroactivos a dicha decisión de inexecutable, sino por la particular circunstancia, en este caso, de la patente contradicción que implicaba la exigencia del requisito aludido con respecto al principio constitucional tantas veces mencionado de la progresividad.

La Sala, en sentencia reciente del 8 de mayo de 2012 radicado 41832, en un caso en el que se concedió la pensión de invalidez de origen común a un afiliado que contaba con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pero le faltaba cumplir con el requisito de fidelidad al sistema previsto en el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, que finalmente se inaplicó, sobre la protección de derechos frente a los cambios normativos en materia pensional, puntualizó:

“(.....) la perspectiva con la que ha de mirarse la normativa pensional y su aplicación en un caso concreto no puede reducirse, a la escueta construcción de un silogismo lógico en el que, dada una premisa mayor de la norma formal vigente, en la cual se contiene un supuesto fáctico, si la premisa menor coincide con el hecho subsumido en la ley, deba hacerse efectiva la consecuencia que en abstracto la regla predica. Ahí está la razón por la cual el legislador tiene en

cuenta valores y principios sociales que permitan dotar de justicia a la norma jurídica que la Constitución le ha encargado crear.

Por esta potísima razón, el juzgador debe asumir un enfoque multidimensional de ella, a fin de armonizarla en el contexto general del orden jurídico, alejándose de su aplicación mecánica que, a su vez, evite la posibilidad de efectos manifiestamente nocivos, por injustos o absurdos. Es en este sentido, en el cual debe enmarcarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con relación al tema reseñado y que, a no dudarlo, emerge con contenido propio del principio protector de las normas de la seguridad social, así como de los postulados consagrados en la Constitución Política, y en particular de su artículo 53 que prohíbe el menoscabo de los derechos sociales.

En ese contexto, la aplicación de principios responde a la naturaleza irrenunciable del derecho de la seguridad social, y a los valores de solidaridad, universalidad y progresividad de su cobertura, inspiradores del sistema integral adoptado en Colombia desde la Constitución de 1991.

(...)

En efecto, la Constitución consagra el derecho fundamental de la seguridad social en su artículo 48; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 establece en su artículo 22 que toda “persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”.

De esta garantía de orden prestacional y, por lo mismo, sujeta a las condiciones económicas y legales de cada Nación, fluyen derechos que, una vez consolidados, no pueden ser desconocidos ni aún en estados de excepción (artículo 93 C.P.), al igual que las reglas y principios contenidos en los tratados que sobre la materia ratifique el Estado Colombiano, las cuales prevalecen en el orden interno y sirven de pauta interpretativa de la normatividad nacional. En este sentido, cabe citar la decisión de la Sala, del 8 de julio de 2008 (Rad. 30581) en la que se sostuvo:

“Es más, remitiéndose esta Corporación a las fuentes y acuerdos vinculantes de índole internacional del derecho al trabajo, incorporados a nuestro ordenamiento interno como Estado miembro a través de la ratificación de los respectivos convenios o tratados internacionales en los términos de los artículos 53, 93 y 94 de la Carta Política, y que pasan a integrar el bloque de constitucionalidad, es dable destacar que los mandatos de la Organización Internacional del Trabajo OIT no se oponen a la aplicación de la condición más beneficiosa y por el contrario son compatibles con la orientación que a esta precisa temática le viene dando la Sala, al señalar en el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT que <En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación> (resalta y subraya la Sala)”.

Como se ve, la Constitución de la OIT plantea el tema en el plano de la sustitución de normas, y no necesariamente alude a derechos consolidados, sino también a garantías o condiciones establecidas en la ley modificada.

Incluso debe indicarse que el Pacto de San José que contempla el compromiso de los Estados de lograr progresivamente la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, impone una estructura programática en torno al citado derecho, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 26 contempla el compromiso <para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales>.

De otro lado, el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 estableció que los principios mínimos señalados en el 53 de la Constitución tienen “plena validez y eficacia” en materia de seguridad social. Esa alusión expresa de los principios constitucionales allí señalados, es la fuente donde se sustenta los principios laborales, y así no puede estimarse que sea un postulado exclusivo del “derecho del trabajo”, sino lógicamente aplicable a la seguridad social.

(.....)

Esas, entre otras razones, obligan a que el juzgador asuma una visión amplia, en la que la aplicación mecánica de la norma dé paso a la realización de los principios mínimos fundamentales, que se encuentran plasmados en la Constitución Política, que garantizan la seguridad social y la imposibilidad de su menoscabo, lo que respalda la Ley 100 de 1993, que en su artículo 3º, no sólo dispone su ampliación, sino su progresividad.....”.

Directrices que también son plenamente aplicables al caso que ocupa la atención de la Sala y refuerza la postura que a través de esta decisión se está adoptando.

Por las razones expuestas, el Tribunal no debió exigir el requisito de fidelidad al sistema –que, por lo dicho, es una condición regresiva-, y en consecuencia debió mantener la decisión del a quo.

La anterior postura fue recientemente reiterada, entre otras, en sentencias CSJ SL 17484-2014, CSJ-SL 9182-2014 y CSJ SL 4346-2015.

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

el yerro jurídico endilgado, y en este orden de ideas, el cargo no tienen vocación de prosperidad.

VIII. CARGO SEGUNDO

Ataca la sentencia por ser violatoria de la ley, por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida del *«artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y por infracción directa de los artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo, 31, 1608 y 1609 del Código Civil, 8º de la Ley 153 de 1887 y 29 y 230 de la Constitución Política»*.

Para sustentar el cargo, luego de citar los arts. 141 de la L. 100/1993 y 1608 del CC, indica que es impertinente condenar a la administradora a pagar los intereses moratorios, cuando *«solo una vez que quede en firme la sentencia acusada nace al mundo jurídico la obligación de la sociedad (...) de sufragar la pensión que se pretende, dado que es incontrovertible que a la fecha en la que la entidad negó la pensión reclamada lo hizo al amparo de las normas vigentes en la época de la muerte del señor Alberto Antonio Castaño Pineda, que exigían el cumplimiento del requisito de fidelidad de aportes en el sistema por parte del causante»*.

Puntualiza que cualquier solución distinta transgrede lo pregonado por el artículo 8º de la L. 153/1887 y va en contravía del sentido que le han dado las Salas de Casación Laboral y Civil de esta Corporación al enriquecimiento sin

causa, máxime cuando le entidad obró bajo la intelección de preceptos en vigor al momento de la muerte del afiliado Castañeda y, como quiera que el *«hipotético retardo sólo se produciría a raíz de las providencias judiciales fundadas en unas consideraciones de carácter jurisprudencial que la entidad no tenía por qué conocer»*.

IX. CONSIDERACIONES

En casos como el presente, en el que se debate el derecho a la pensión de sobrevivientes fundado en la ausencia del requisito de fidelidad al sistema previsto en el art. 12 de la L. 797/2003, esta Corporación ha estimado que los intereses moratorios resultan improcedentes, dado que el reconocimiento pensional se ordena en razón de la argumentación que expuso la Corte para resolver el cargo anterior, máxime cuando la actuación de la entidad demandada, estaba amparada en una preceptiva de orden legal vigente para el momento en que se cumplió la reclamación por las interesadas (CSJ SL5863-2014).

En efecto, sobre el tema en cuestión, esta Sala a través de fallo 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.

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

X. CARGO TERCERO

Ataca la sentencia por ser violatoria de la ley, por la vía directa, en la modalidad de infracción directa de los «*artículos 143, 152, 157, 160, 161, 178, 182 y 204 (modificado por el 10º de la Ley 1122 de 2007) de la Ley 100 de 1993, 42 del Decreto 692 de 1994 y 26 y 65 del Decreto 806 de 1998*».

Para sustentar el cargo, aduce que el *ad quem* soslayó la obligación legal de Porvenir S.A. de practicar sobre las mesadas pensionales los descuentos relativos a los aportes al régimen de seguridad social en salud a cargo de la pensión, de lo cual no existe duda en tanto que de acuerdo con inc. 2º del art. 143 de la L. 100/1993 las cotizaciones por salud de los pensionados estarán a su cargo en su totalidad. Además, que de conformidad con el inc. 3º del art. 42 del D. 692/1994 las entidades pagadoras de las pensiones deberán efectuar los descuentos por concepto de cotización para salud y transferirlos a la EPS a la cual esté afiliado el pensionado, incluido el dinero correspondiente al fondo de solidaridad y garantía en salud, si hubiere lugar a ello.

Señala que de acuerdo a lo previsto en la ley, los aportes de salud son administrados por las EPS, por lo que los empleadores o las entidades pagadoras de pensiones, no pueden disponer de esos recursos a su arbitrio porque una vez causados adquieren la categoría de contribuciones parafiscales.

Indica que «como el otorgamiento de la pensión es consustancial a los descuentos por salud a cargo del pensionado, es obvio que tales descuentos deben ser ordenados de manera simultánea con la condena judicial a pagar la dicha prestación, facultando al ente que haya de sufragarla a que realice las retenciones pertinentes y las traslade a la EPS con la que esté vinculado el favorecido con la pensión.

CONSIDERACIONES

Se duele la censura que el Tribunal no ordenara la deducción por concepto de aportes para salud respecto del retroactivo pensional, de conformidad con lo consagrado en el art. 143 de la L. 100/1993 y el art. 42 del D. 692/1994, reglamentario de la L. 797/2003.

Pues bien, debe recordar la Sala que por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización para salud, y transferirlo a la E.P.S. o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud. Así se desprende expresamente del mandato contenido en el Art. 42 inc. 3° del D. 692/1994 cuando señala:

Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto

porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que los pensionados en su condición de afiliados obligatorios al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en salud, deben asumir en su totalidad la cotización, pues solo así puede sostenerse económicamente el sistema y, al mismo tiempo, otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas de que trata la L.100/1993 y sus decretos reglamentarios.

Al respecto, ya se ha pronunciado esta Corporación en las sentencias CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 52643, y recientemente en la CSJ SL4430-2014, en la que se indicó:

Afirma la entidad recurrente que el Tribunal cometió yerro jurídico, al no autorizarla a descontar de la condena impuesta por el retroactivo pensional a favor del actor el valor de las cotizaciones respectivas del Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que, afirma, así lo disponen los incisos segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, así como los artículos 3° del Decreto 510 de 2003 y 2°, 4°, 5°, 7° y 8° de la Ley 797 de 2003, aspecto que se observa fue objeto del recurso de apelación de la entidad demandada.

Sobre este argumento, encuentra la Sala que, en efecto, el inciso 2° del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 dispone que la cotización en salud de los pensionados, quienes son afiliados obligatorios a este sistema en el régimen contributivo, tal como lo determina la misma ley en los artículos 157 y 203, se encuentra en su totalidad a cargo de aquéllos. En consonancia con ello, se encuentra no solo el inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de

1994, reglamentario de la ley en mención, que establece que las entidades pagadoras de las pensiones deben descontar las cotizaciones en mención y transferirlas a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el pensionado y girar un punto porcentual de aquéllas al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud- FOSYGA-, sino también los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, los cuales señalan que los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos deberán ser afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizantes y que los aportes de éstos se calcularán con base en su mesada pensional.

Del conjunto de estas disposiciones, se entiende con facilidad que todos los pensionados en el país, sin excepción alguna, al tener capacidad de pago, están llamados a cotizar y, por ende, financiar el régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo de cargo de los mismos la totalidad de la cotización, pues no de otra manera podría sostenerse económicamente el mismo, ni, menos, otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas, tales como las indicadas en los artículos 206 y 207 de la pluricitada Ley 100, además que, bien es sabido, de los aportes de los cotizantes al régimen contributivo, como es el caso de los pensionados, se descuenta un punto porcentual para la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, encargada de cofinanciar, junto con los entes territoriales el régimen subsidiado, cuya destinación es la prestación del servicio de salud de la población colombiana sin capacidad de pago alguna, por lo que, en consecuencia, las cotizaciones de los pensionados resultan vitales para el financiamiento del sistema en salud.

En virtud de esta finalidad y para proteger los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados obligatorios al sistema en mención, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993 consagró, dentro de las obligaciones de los empleadores, la de girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo con la reglamentación vigente, pues de lo contrario, aquéllos serían sujetos de las sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de la citada ley, es decir, los intereses moratorios por el no pago de las cotizaciones, dentro de las fechas establecidas para tal efecto.

*De lo dicho hasta el momento, se entiende no solo que todos los pensionados del país están llamados a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud, quienes deben asumir en su totalidad el valor de la cotización, sino que, **además, la misma***

debe hacerse desde la fecha en que se causa el derecho pensional, pues no otra puede ser la interpretación que se deriva sistemáticamente de las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993, al haberse establecido las cotizaciones de los afiliados obligatorios, tal como es el caso de los pensionados, como parte esencial del financiamiento del sistema, además que, encuentra la Sala, éstas constituyen un requisito de los afiliados a la hora de acceder a las diferentes prestaciones económicas, como las contempladas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, reglamentados en varias oportunidades posteriores, por lo que el hecho de no descontarse las mismas desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema a favor de los pensionados cotizantes.

De esta manera, observa la Sala que el Tribunal sí cometió yerro sobre las disposiciones citadas, al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a cargo del actor sin autorizar a la entidad pagadora a descontar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde la fecha de causación de aquélla.”
(Resaltado fuera del texto original).

Así las cosas, el *ad quem* cometió el yerro jurídico endilgado al no autorizar a la administradora demandada, a descontar del valor del retroactivo pensional las cotizaciones a salud, y por consiguiente, el cargo prospera.

Sin costas en el recurso extraordinario, no hubo réplica.

I. 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 art. 141 de la L. 100/1993. Así mismo, se adiciona el fallo de primera instancia en el sentido de AUTORIZAR a la administradora demandada a descontar del retroactivo pensional el valor de la totalidad de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud -E.P.S.- a la que se encuentren afiliadas las beneficiarias.

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

XI. 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 Cali, el 19 de mayo de 2014, en el proceso ordinario que instauró **NORALBA RODRÍGUEZ** y **ELIZABETH CASTAÑO RODRÍGUEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**, trámite al cual

fue vinculada **MARGARITA ROSA CASTAÑO DUCUARA**, en cuanto confirmó la condena del *a quo* por concepto de intereses moratorios y en cuanto se abstuvo de autorizar el descuento sobre el retroactivo pensional para la cotización en salud. No casa en lo demás.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR el **numeral tercero** del fallo proferido el 31 de julio de 2013 por el Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Cali y, en su lugar, absuelve a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de los intereses moratorios.

SEGUNDO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en el sentido de autorizar a la administradora demandada para que del retroactivo pensional efectúe la deducción a salud y transfiera el aporte a la EPS a la que las beneficiarias de la prestación se encuentren afiliadas.

TERCERO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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



JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Presidente de Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO



LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS