

Radicación n.º 63512

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

Magistrado ponente

SL1478-2018

Radicación n.º 63512

Acta 12

Bogotá, D. C., nueve (9) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 19 de diciembre de 2012, en el proceso ordinario laboral seguido contra la sociedad recurrente por **YOLANDA CARDONA GARCÍA**, al que se vinculó como intervinientes ad excludendum a **JULIAN STEVAN, JUAN CAMILO, JESÚS DAVID y SERGIO ALEJANDRO GALVEZ CARDONA**

ANTECEDENTES

La señora Yolanda Cardona García llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a fin de que, a partir del 15 de octubre de 2005, fuera condenada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su cónyuge Mario de Jesús Gálvez Idarraga; el retroactivo pensional los intereses moratorios, la indexación de las mesadas causadas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que convivió con el causante hasta el día de su fallecimiento, que ocurrió el 15 de octubre de 2005; que dependía económicamente de su cónyuge Gálvez Idarraga; que de tal unión nacieron Jesús David, Juan Camilo, Julián Stevan y Sergio Alejandro Gálvez Cardona; que no recibe pensión alguna y por tanto se encuentra totalmente desprotegida.

Manifestó igualmente que presentó solicitud de pensión de sobrevivientes ante la demandada, quien mediante oficio del 1º de diciembre de 2006, le negó tal prestación con el argumento de que el causante no cuenta con las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, como lo prevé el artículo 12 de la Ley 797 de 2003; e informándole a su vez que «el saldo existente en la cuenta individual de ahorro pensional de MARIO JESÚS GALVEZ IDARRAGA, será cancelado previa presentación de la solicitud de devolución de saldos»; y que nunca cobró tales sumas.

Relató que su esposo laboró para la Policía Nacional desde el 16 de noviembre de 1981 hasta el 2 de noviembre de 1993; para la Contraloría Departamental del Valle de Cauca desde el 27 de febrero de 1994 hasta el 29 de junio de 2001; y por último para la empresa Guardianes Compañía Líder de Seguridad, donde trabajó 39 días; para un total de 1.005 semanas (f.º 22 a 28), lo cual hace que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al dar respuesta a la demanda, se opuso a la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por la señora Cardona García. En cuanto a los hechos, aceptó los referidos a la solicitud que hizo la demandante a fin de que se le concediera el reconocimiento pensional reclamado y su correspondiente negativa por parte de la entidad, lo cual obedeció a que el causante no cumplió con el requisito de semanas cotizadas contenido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Frente a los demás dijo no ser ciertos o simplemente no constarle.

En su defensa formuló la excepción previa de «no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios» refiriéndose a los hijos de la pareja; y de fondo la de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de cumplimiento de los requisitos legales para acceder al beneficio pensional; falta de causa en las pretensiones de la demanda; compensación; indebida acumulación de pretensiones; buena fe; y la innominada o genérica (f.º 45 a 52).

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali mediante providencia del 12 de noviembre de 2009, declaró probada la excepción previa de «no comprender la demanda a todos los litisconsortes» y como consecuencia ordenó la citación e integración de Jesús David, Juan Camilo, Julián Stevan y Sergio Alejandro Galvez Cardona, hijos de la demandante con el causante (f.º 80 a 82), quienes efectivamente acudieron al proceso solicitando igualmente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, las mesadas causadas, intereses moratorios y costas del proceso; precisaron que Sergio Alejandro era menor de edad y dependía económicamente de su madre también demandante (f.º 90 a 95); pretensiones a las que, igualmente, se opuso la demandada Porvenir S.A., bajo el argumento que el causante no satisfacía las 50 semanas exigidas por la Ley 797 de 2003. En su defensa formuló las excepciones de prescripción, compensación, buena fe y la innominada o genérica (f.º 138 a 146).

Mediante providencia del 5 de julio de 2011, el Juzgado Treinta Laboral Adjunto al Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, decidió que los hijos del causante, se vincularon al proceso en calidad de intervinientes ad excludendum, no como litisconsortes necesarios como inicialmente lo había decidió el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali (f.º 135 a 137).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Citado Juzgado Treinta Laboral Adjunto al Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Santiago de Cali, puso fin a la primera instancia mediante fallo del 30 de noviembre de 2011, que por un error en la transcripción quedó 2010 (f.º 239) a través del cual resolvió:

1º - DECLARAR no probadas las excepciones invocadas como medio de defensa por la entidad demandada.

2º - RECONOCER a favor de la señora YOLANDA CARDONA, identificada con C.C. 29.872.798 de Tuluá en calidad de cónyuge supérstite del señor MARIO DE JESÚS GALVEZ IDARRAGA (q.e.p.d), y de su menor hijo SERGIO ALEJANDRO GALVEZ CARDONA, **PENSION DE SOBREVIVIENTES A CARGO DE LA AFP PORVENIR S.A.**, en porcentaje del 50% para cada uno, a partir del **15 de octubre de 2005**, en cuantía inicial del salario mínimo legal mensual vigente.

3º - CONDENAR Y ORDENAR A LA AFP PORVENIR S.A., una vez ejecutoriada esta sentencia, **PAGAR**, en favor de la señora YOLANDA CARDONA, identificada con C.C. 29.872.796, en calidad de cónyuge del señor MARIO DE JESUS GALVEZ IDARRAGA

(q.e.p.d.) y de su hijo menor SERGIO ALEJANDRO GALVEZ CARDONA, representado por la demandante, la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE. **(\$39.792.350.00)**, por concepto de pensión de sobrevivientes, causada entre el 15 de Octubre de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2011, en proporción del 50% para cada uno, equivalente a la suma de \$19.896.175.00.

4°-CONDENAR Y ORDENAR A LA AFP PORVENIR S.A. para que a futuro continúe pagando mensualmente, y sobre la pensión mínima, la pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge YOLANDA CARDONA en un porcentaje inicial del 50%. El 50% restante a favor del menor SERGIO ALEJANDRO GALVEZ CARDONA mientras subsistan las causas que le dan origen y una vez se extinga su derecho, esto es, cuando pierda su calidad de beneficiario, su cuota parte acrecentará el porcentaje que se ha autorizado a favor de la madre, señora YOLANDA CARDONA, hasta que en ella recaiga el 100% de la prestación reconocida en el presente fallo, sin perjuicio de los incrementos legales y mesadas adicionales.

5°-CONDENAR en costas a la entidad demandada, a favor de los beneficiarios demandantes. Tásense las agencias en derecho en la suma de \$6.000.000.00

6°-ABSUELVASE a la entidad demandada de las demás pretensiones incoadas en la demanda por la señora YOLANDA CARDONA y SERGIO ALEJANDRO GALVEZ CARDONA, representado por lo actora.

7°-ABSUELVASE a la entidad demandada de las pretensiones incoadas en la demanda presentada por los INTERVINIENTES AD EXCLUDENDUM JULIAN ESTEBAN GALVEZ CARDONA, JUAN CAMILO O GALVEZ CARDONA y JESUS DAVID GALVEZ CARDONA.

8-° ORDENASE la expedición de copias auténticas a favor de la parte demandante y cancelense las expensas necesarias en su debida oportunidad.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte demandada, conoció la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien, mediante sentencia del 19 de diciembre de 2012, confirmó el fallo de primera instancia e impuso costas de la alzada a Porvenir S.A.

El fallador de segundo grado comenzó por establecer que el problema jurídico a resolver, se circunscribía a determinar si se equivocó el juez de conocimiento al dar cabida el principio de la condición más beneficiosa, y con ello haber condenado a la demandada a pagar la pensión de sobrevivientes a la luz del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, consideró que el a quo se equivocó al aplicar el principio de la condición más beneficiosa y con ello condenar a la demandada a pagar la pensión de sobrevivientes reclamada por la parte actora, ello en razón a que para resolver el conflicto, era necesario tener en cuenta que el causante falleció el 15 de octubre de 2005, razón por la cual la normatividad aplicable para efectos del estudio y reconocimiento de la pensión, es la establecida en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 y no los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, como erróneamente lo entendió el juez de primera instancia. Citó en su apoyo la sentencia CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 35598.

Así las cosas, al revisar la historia laboral del causante evidenció que cotizó un total de 1006,57

semanas, de las cuales y en los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, solo correspondían a 5.29 semanas, insuficientes para efectos del reconocimiento de la pensión a la luz de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

No obstante, lo anterior, sostuvo el Tribunal que no podía pasar por alto que el causante cotizó 1.006.57 semanas, densidad suficiente para concluir que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en virtud de lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual lo transcribió. Citó en su apoyo la sentencia CSJ SL, 28. Ag. 2012. Rad. 44809.

Por lo anterior, el Tribunal afirmó que la accionante tenía derecho al reconocimiento a la pensión de sobrevivientes en un porcentaje equivalente a un 80% de lo que hubiera recibido el causante como mesada pensional de vejez en cuanto a que:

[...]

si bien es cierto la densidad de semanas mínimas fue modificada por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, norma aplicable al momento del fallecimiento, en la cual se estableció que a partir del 1 de enero de 2005 para acceder a la pensión de vejez, debía acreditar un **mínimo de 1050 semanas**, tope que el causante no alcanzó, también lo es que el actor (sic) cuenta con una densidad de semanas superior a las 1000 que exigía el artículo 33 de la ley 100 de 1993, régimen de prima anterior al que el actor se encontraba cotizando, dejando así causada la pensión de sobrevivientes de conformidad a lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 12 de la ley 797 de 2003.

Procedió luego a estudiar si era viable ordenar el descuento para Salud, para ello comenzó por precisar que si bien era cierto los aportes a salud estaban en su totalidad a cargo del pensionado, también lo era que los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, buscan prever las contingencias presentes que pueden afectar a quien ostenta tal calidad, situación que no se da en el presente asunto, pues en vista a que el demandado negó la prestación económica, la demandante estuvo desprotegida por tal concepto desde el momento mismo en que falleció el causante, razón por la cual no hay lugar a descontar los aportes a salud, pues el sistema durante el referido interregno no le brindó servicio alguno que genere gastos a cargo del mismo.

Aunado a lo anterior, manifestó que ha de tenerse en cuenta, que la demandante mientras no tuvo ingresos no estaba obligada a cotizar al sistema, siendo absurdo que ahora que sí los va a tener se le descuenten aportes al sistema de Salud del cual no hizo parte, ello desde que falleció el causante o, que si perteneció fue por cuenta y riesgo propio, lo cual generaría un doble pago de aportes al sistema.

Todo lo anterior, llevó al ad quem a confirmar la decisión condenatoria de primer grado.

RECURSO DE CASACIÓN.

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

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

De manera principal pretende que la Corte case la sentencia recurrida, para que constituida en sede de instancia, revoque el fallo de primer grado, y en su lugar se la absuelva de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

En subsidio, pidió que se case parcialmente el fallo del Tribunal, en cuanto no facultó a Porvenir

S.A. a descontar los aportes al sistema de seguridad social en salud y a cargo exclusivo de la demandante Yolanda Cardona García y de su hijo menor Sergio Alejandro Gálvez Cardona, en sede de instancia, revoque la de primer grado en este específico punto, para en su lugar ordenar deducir los aportes a salud y trasladarlos a la EPS a la que están afiliados.

Con tal propósito formula dos cargos, que no fueron replicados, los que a continuación se proceden a estudiar.

CARGO PRIMERO

Dice que la sentencia recurrida aplicó «indebidamente los artículos 12 parágrafo 1° de la Ley 797 de 2003 y 33 de la Ley 100 de 1993 y se infringieron en forma directa los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, 9° numeral 2° y 12 numeral 2° de la Ley 797 de 2003, 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, 60 y 61 del Código Procesal de Trabajo y 29 y 230 de la Constitución Política».

Manifestó que tal violación se dio a causa de haber incurrido en los siguientes errores fácticos:

Pese a haber dado como demostrado que el señor Mario de Jesús Gálvez no había aportado al menos 50 semanas dentro del trienio que procedió a la fecha de su óbito, tener como cierto, sin serlo, que la señora Cardona García y su hijo era legítimos acreedores de la pensión de sobrevivientes pedida.

1. No dar por demostrado, estándolo, que el señor Mario de Jesús Gálvez no era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
2. No dar por demostrado, estándolo, que dentro del año inmediatamente anterior al momento en que entró a regir la Ley 797 de 2003, esto es, en el lapso comprendido entre el 29 de enero de 2002 y el 29 de enero de 2003, el señor Mario de Jesús Gálvez no alcanzó a computar 26 semanas aportadas, así como tampoco las reunía dentro del año previo a su deceso.
3. Dar por comprobado, sin estarlo, que Porvenir S.A. podía ser condenada a pagar la pensión solicitada por la señora Yolanda Cardona y por su Vástago.
4. No dar por demostrado, estándolo, que la señora Yolanda Cardona y su hijo no estaban llamados a favorecerse con la pensión impetrada en la medida de que el señor Mario de Jesús Gálvez Idárraga no cumplía los requisitos exigidos por la ley, ni siquiera al amparo del principio de condición más beneficiosa, para tal efecto.

Dice que los errores de hecho provienen de una mala apreciación de la certificación expedida por la Policía Nacional (f.º 9); certificación de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca (f.º 11); y la historia laboral de aportes efectuados a Porvenir S.A. (f.º 12 a 16); así mismo por haber dejado de valorar el registro civil de nacimiento de Mario de Jesús Gálvez (f.º 21).

En la demostración del cargo, sostiene que solo basta con el estudio de la historia laboral del causante para concluir que no alcanzó a reunir las 50 semanas de aportes en el trienio que antecedió a su muerte, esto es, entre el 15 de octubre de 2002 y el 15 de octubre de 2005, pues en ese periodo solo cotizó el equivalente a 23 días o 3.3 semanas, que corresponden al mes de septiembre de 2005, con lo cual resulta evidente que no cumplió con el requerimiento previsto en el artículo 12 numeral 2° de la Ley 797 de 2003, para que su cónyuge y su hijo se constituyeran en legítimos acreedores de dicha prestación.

Más adelante y luego de citar la sentencia CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 38674 dice que el causante

tampoco reúne las exigencias allí previstas para con ello aplicársele el principio de la condición más beneficiosa, pues para la fecha de su fallecimiento no se encontraba afiliado a Porvenir S.A. (f.º 61), ni tampoco contabilizaba 26 semanas entre el 15 de octubre de 2004 y el 15 de octubre de 2005, por lo anterior, afirma que es evidente que la señora Cardona García y su hijo tampoco podían ser favorecidos de la pensión bajo este criterio.

Por otra parte, arguye que para acudir a lo consagrado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y no a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el causante debía ser beneficiario del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100, por lo cual, cumplir con 40 años de edad o tener más de 15 años de servicios o aportados a la seguridad social al momento que entró a regir la citada ley, requisitos que no los cumplía el causante, pues nació el 27 de febrero de 1963 (f.º 21), esto es, que para la fecha en que entró a regir la nueva ley de seguridad social integral, el 1º de abril de 1994, contaba con tan sólo 31 años de edad, y tampoco tenía los 15 años de servicios, tal como se demuestra con las certificaciones de la Policía Nacional (f.º 9); de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca (f.º 11); y la historial laboral de aportes efectuados a Porvenir S.A. (f.º 12 a 16).

Concluye su argumentación señalando que al no ser el actor beneficiario del régimen de transición es «garrafal la equivocación cometida por el fallador ad quem al haber dejado de lado la exigencia de 1.050 semanas cotizadas que prevé el numeral 2º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003», para con ello dar paso a lo contemplado por el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES

La Sala comienza por precisar que la censura parte de un supuesto equivocado, es creer que el Tribunal dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa, condenó a Porvenir S.A. a pagarles a Yolanda Cardona García y su menor hijo Sergio Alejandro Gálvez Cardona, la pensión de sobrevivientes.

Es desafortunada tal inferencia, en razón a que, como quedó visto al historiar la sentencia recurrida, el juzgador de alzada fue absolutamente claro en precisar que en el caso bajo análisis no podía darse cabida al mencionado principio. Lo dijo expresamente: «Así las cosas, es perfectamente dable concluir que en el caso que ocupa la atención de la Sala no es posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa» y más adelante concluyó: «Evidente surge entonces el yerro en que incurrió el A quo, toda vez que no es factible aplicar al caso el principio de la condición más beneficiosa», siendo la norma llamada a regular el caso de la Ley 797 de 2003.

Entonces, como la conclusión del Tribunal es rotunda en punto a la inviabilidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, quedan sin vigor los yerros fácticos individualizados en el cargo, encaminados a demostrar que se equivocó el ad quem al dar cabida a tal principio y, por ende, se hace innecesario el análisis de las pruebas denunciadas, como las certificaciones de tiempo de servicios (f.º 9 y 11) y la historia laboral del causante (f.º 12 a 16).

Ahora bien, la Sala precisa que la causa eficiente que tuvo el fallador de segundo grado para confirmar la decisión condenatoria del a quo, estuvo centrada en la interpretación que le dio al parágrafo 1º de la Ley 797 de 2003, más no que el causante fuese beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como de menara equivocada también lo plantea el ataque, tampoco sería del caso el estudio del registro civil de nacimiento (f.º 21) acusado como mal apreciado, además que la edad del fallecido no fue objeto de cuestionamiento

en las instancias.

Frente al verdadero fundamento de la sentencia impugnada, el Colegiado luego de transcribir tal norma (parágrafo 1° de la Ley 797 de 2003) y resaltar el aparte de la misma que dice «[...]el **régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento [...]**», concluyó lo siguiente:

[...] si bien es cierto la densidad mínima de semanas fue modificada por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, norma aplicable al momento del fallecimiento, en la cual se estableció que a partir del 1 de enero de 2005 para acceder a la pensión de vejez, debía acreditar un **mínimo de 1050 semanas**, tope que el causante no alcanzó, **también lo es que el actor (sic) cuenta con una densidad de semanas superior a las 1000 que exigía el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, régimen de prima anterior al que el actor se encontraba cotizando**, dejando así causada la pensión de sobrevivientes de conformidad a lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 12 de la ley 797 de 2003 (el primer subrayado y resaltado es del texto original, los segundos son de la Sala)

En este orden de ideas, como el ad quem entendió que cuando el parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, hace referencia al «[...] **régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento [...]** », esto es, el régimen de prima media anterior al vigente para la fecha en que falleció el causante, debía entonces corresponder al artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, pero sin las modificaciones introducidas por el artículo 9° de la referida Ley 797 de 2003; por tanto como el citado artículo 33 exige tener un mínimo de 1.000 semanas, y el causante contaba con 1.006.57 semanas, era innegable que para el ad quem la parte actora tenía derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada, desde luego bajo el amparo del parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 y la intelección que se efectuó en la sentencia impugnada, nunca bajo la égida del principio de la condición más beneficiosa como equivocadamente lo decidió el fallador de primer grado.

Planteado así el asunto, resulta evidente que la censura equivocó la senda del ataque, pues si quería destruir la columna vertebral que sostiene la decisión recurrida, imperiosamente debió enderezarlo por la vía jurídica o del puro derecho y bajo la modalidad de interpretación errónea, no de los hechos, pues lo que en verdad estaba impelido a destruir, era el alcance que le dio el ad quem, al parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, indicando cuál es el supuesto ejercicio hermenéutico equivocado, mas como ello no ocurrió, con independencia de que esta Sala comparta o no la intelección o entendimiento dado en la sentencia impugnada al citado parágrafo, la decisión se mantiene inalterable.

Aquí y ahora, es importante recordar que:

[...] la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, exige el despliegue de un ejercicio dialectico dirigido puntualmente a socavar los pilares de la sentencia gravada, porque en caso contrario permanecerá incólume, soportada sobre los cimientos que resultaron útiles al Tribunal para resolver el caso sometido a su consideración.

Corresponde entonces al censor identificar los soportes del fallo que controvierte y, consecuente con el resultado que obtenga, dirigir el ataque por la senda fáctica o la jurídica, o por ambas, en cargos separados, desde luego, si es que el fundamento de la decisión es mixto.

Los soportes fácticos de una decisión judicial, son aquellas inferencias o deducciones que el juez de alzada obtiene luego de analizar el contenido de los medios de prueba regular y oportunamente incorporados al expediente, que le permiten construir el escenario sobre el cual

cobrarán vida las normas llamadas a gobernar los hechos acreditados; al paso que los jurídicos corresponden al alcance, aplicación o falta de aplicación de una o varias preceptivas llamadas a regular el caso sometido a su consideración, esto con total independencia de los aspectos de hecho que estructuran cada caso» (sentencia CSJ SL13058-2015 reiterada en sentencia CSJ SL12298-2017)

Visto lo anterior, encuentra la Sala, que en este último aspecto, el cargo presenta una deficiencia técnica que compromete la prosperidad de la acusación, al no atacar por la vía adecuada los verdaderos soportes del fallo recurrido, y que no es factible subsanar de oficio en virtud del carácter dispositivo del recurso extraordinario, que como ya se dijo, mantiene inmodificable la decisión impugnada.

El cargo, en consecuencia, se desestima.

CARGO SEGUNDO

Dice que la sentencia recurrida, es violatoria por la vía directa en la modalidad de infracción directa de los artículos 143, 152, 157, 160, 161, 178, 182 y 204 de la Ley 100 de 1993; 42 del Decreto 692 de 1994, 26 y 65 del Decreto 806 de 1998 y 2º, 4º, 5º, 7º y 8º de la Ley 797 de 2003.

En la demostración del cargo sostiene que se equivoca el Tribunal al negar la posibilidad de cumplir con una obligación legal que es practicar los descuentos, del retroactivo pensional, relativos a los aportes al régimen de seguridad social en salud, la cual está a cargo de la señora Cardona García y su hijo menor Sergio Alejandro Gálvez Cardona.

Dice que al tenor del artículo 143 inciso 2 de la Ley 100 de 1993, las cotizaciones por salud para los pensionados están su cargo; y que según lo contemplado por el artículo 42 inciso 3º del Decreto 692 de 1994, las entidades pagadoras de las pensiones o las AFP, deben realizar los descuentos por concepto de cotización por 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 hubiera lugar a ello.

Afirma que es innegable que los aportes a salud son administrados por las EPS, de tal modo que los empleadores o las entidades pagadoras de pensiones, no pueden disponer de esos recursos a su arbitrio, ya que una vez causados, adquieren la calidad de contribuciones parafiscales, con todas las implicaciones que de ello derive. Cita en su apoyo la sentencia de la Corte Constitucional CC SU-480-1997.

Finalmente sostiene que la pensión es indisolublemente ligada a los descuentos por salud a cargo del pensionado, por lo tanto, debe ser ordenado simultáneamente con la condena judicial a pagar tal prestación, autorizando al ente que haya de sufragarla a que realice las retenciones pertinentes y las traslade a la EPS con la que esté vinculado el beneficiario de la pensión. Respaldó lo anterior, con la sentencia CSJ SL, 20 feb. 2013, rad. 48.875.

CONSIDERACIONES

Como el tema planteado por la censura, referido a que se equivocó el fallador de segundo grado al no ordenar los descuentos por salud, conforme lo contempla el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, se ha estudiado en múltiples oportunidades por la Corte, la Sala se remite a lo ya expuesto, bastando para ello citar lo dicho en la sentencia CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, reiterada

entre otras, en sentencias CSJ SL15264-2017 y SL085- 2018 cuando al efecto se precisó:

[...]

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.

De acuerdo con lo anterior, le asiste razón al recurrente cuando afirma que, siendo una disposición inherente al otorgamiento de la pensión y legalmente obligatoria, el juez en el momento del reconocimiento de la prestación debió facultar a la entidad pagadora, en este caso a Porvenir S.A., para realizar el descuento de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, para así trasladarlos a la EPS en la que se encuentre afiliado o que haya elegido los beneficiarios del causante.

Como consecuencia de ello, el Tribunal incurrió en la infracción directa de las normas incluidas en la proposición jurídica, pues debió autorizar a la demandada para realizar los descuentos correspondientes a aportes al sistema general de seguridad social en salud, ya que, se insiste, dicha retención constituye una condición esencial y necesaria al reconocimiento de la pensión, que opera por virtud de la ley y que se encuentra estrechamente relacionada con los principios que inspiran al sistema general de seguridad social.

Así las cosas, el cargo resulta fundado, lo cual habilita a la Sala a proceder conforme al alcance subsidiario de la impugnación.

Sin costas en casación, dada la prosperidad parcial del recurso.

SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, y para darle la razón a Porvenir S.A. al formular el recurso de apelación en el puntual aspecto que en el ataque resultó fundado (f.º 260 a 270), basta con remitirse a las consideraciones expuestas en el estadio de la casación, donde se precisó que le asiste a la demandada la facultad de descontar el valor de los aportes al sistema general de seguridad social en salud del retroactivo que le corresponda tanto a Yolanda Cardona García como a su menor hijo Sergio Alejandro Gálvez Cardona.

Por lo anterior, se adicionará la sentencia dictada por el Juzgado Treinta Laboral Adjunto al Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, el 30 de noviembre de 2011, en el sentido de autorizar a la entidad demandada a descontar del retroactivo pensional que pague a la actora Yolanda Cardona García y a su menor hijo Sergio Alejandro Gálvez Cardona, las sumas que, por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, esté en la obligación de trasladar a la EPS de su preferencia.

Sin costas en la segunda instancia, las de primera estarán a cargo de Porvenir S.A.

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 de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 19 de diciembre de 2012, en el proceso seguido por **YOLANDA CARDONA GARCÍA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** al que se vinculó como intervinientes ad excludendum a **JULIAN STEVAN, JUAN CAMILO, JESÚS DAVID y SERGIO ALEJANDRO GALVEZ CARDONA**, sólo en cuanto dispuso que los descuentos por aportes a salud estuviesen a cargo de Yolanda Cardona García y de su menor hijo Sergio Alejandro Gálvez Cardona. **NO LA CASA** en lo demás

En sede de instancia, se adicionará la sentencia de primer grado, en el sentido de autorizar a Porvenir a descontar del retroactivo pensional que pague a la actora Yolanda Cardona García y a su menor hijo Sergio Alejandro Gálvez Cardona, las sumas que, por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, esté en la obligación de trasladar a la EPS de su preferencia.

Costas como dispuso en la parte motiva.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS

2

SCLAJPT-10 V.00



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

