

Radicación n.º 61821

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL2461-2018

Radicación n.º 61821

Acta 20

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por **BANCO POPULAR S. A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 15 de marzo de 2013 en el proceso que instauró **ADELA AGUILAR DE BEJARANO** contra la recurrente, trámite dentro del cual fue llamado como litis consorte necesario el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Adela Aguilar de Bejarano llamó a juicio al Banco Popular S.A., con el fin de que se declare que en condición de compañera permanente es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante Gustavo Torres Conde y, en consecuencia, se condene al pago del retroactivo a que haya lugar, las costas y agencias en derecho.

Para fundamentar sus pretensiones, indicó que el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Facatativá mediante sentencia del 19 de marzo de 2009, declaró la existencia de unión marital de hecho desde el 1º de agosto de 1999 hasta 10 de mayo de 2008, entre ella y el señor Gustavo Torres Conde, quien falleció en la última fecha mencionada.

Señaló que el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, a través de fallo emitido el 19 de marzo de 2003, condenó al Banco Popular S. A. a reconocer la pensión restringida de jubilación a su compañero, a partir del 25 de abril de 1996; decisión confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá y que no fue casada por la Corte Suprema de Justicia.

Precisó que ante el fallecimiento del señor Torres Conde, solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la sustitución pensional como beneficiaria, quien mediante escrito del 6 de junio de 2008, le pidió unos requisitos para proceder a darle trámite. Aseguró que el 11 de septiembre de 2008, mediante comunicación escrita, el Banco Popular S.A. la remitió al Instituto de Seguros Sociales con el fin de elevar la petición, dado que el pensionado estaba afiliado a esa entidad para los riesgos de invalidez, vejez y muerte y estaba cotizando al momento de su fallecimiento (f.º 41 a 47).

El Banco Popular S. A., al contestar la demanda se opuso a las pretensiones y argumentó que no le correspondía el reconocimiento ni el pago de la pensión de sobrevivientes pedida, ya que dicha prestación está a cargo del ISS, pues el pensionado se encontraba afiliado para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte a esta entidad.

Frente a los hechos, aceptó la fecha del fallecimiento del señor del señor Gustavo Torres Conde y lo que se desprende de la providencia judicial que declaró la existencia de unión marital de hecho. Aceptó que fue condenado a reconocer la pensión restringida de jubilación al causante, a partir del 25 de abril de 1996; sin embargo, aclaró que la misma fue cancelada hasta la fecha de su fallecimiento, incluso más allá de lo que estaba obligado, pues el causante cumplió los 60 años el 25 de abril de 1999, data en la cual acreditó los requisitos para que el Seguro Social le reconociera la pensión de vejez.

Precisó que la demandante no probó la calidad de compañera permanente del causante y la pensión reclamada debía tramitarse ante el ISS, pues el pensionado estaba afiliado a esa entidad para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. En su defensa propuso la excepción previa de falta de integración del Seguro Social y las de fondo de subrogación del riesgo por parte de seguro social, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho, no acreditación de los requisitos para la pensión de sobrevivientes, cesación de las obligaciones pensionales a cargo del Banco Popular, compensación y la genérica (f.º 94 a 103).

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 30 de junio de 2010, en atención a la solicitud elevada por la parte demandada ordenó integrar como litisconsorcio al Instituto de Seguros Sociales (f.º 112 y 113).

El mencionado instituto al contestar la demandada se opuso a las pretensiones, toda vez que el causante no acreditó los requisitos exigidos en la ley para reconocerle la pensión de vejez; frente a los hechos dijo no constarle por cuanto son hechos de terceros. En su defensa propuso como excepciones previas la falta de competencia por falta de reclamación del procedimiento administrativo o falta de agotamiento de la vía gubernativa y prescripción, y como de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, firmeza de los actos administrativos – resoluciones de pensión-proferidas por el Instituto de Seguros Sociales y la genérica (f.º 121 a 125).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 17 agosto de 2011, resolvió:

Primero: Declarar que la señora Adela Aguilar de Bejarano identificada con la C.C N° 20.787.666 de Pacho, en su calidad de compañera permanente, es beneficiaria en cuantía del 100% de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del señor Gustavo Torres Conde (q.e.p.d).

Segundo: Condenar a la demandada Banco Popular [...] a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del señor Gustavo Torres Conde (q.e.p.d)., a favor de la señora Adela Aguilar de Bejarano identificada con la C.C N° 20.787.666 de Pacho, en su calidad de compañera permanente, en cuantía del 100% de la pensión que venía devengando el causante, a partir del 10 mayo de 2008, junto con las mesadas atrasadas y las adicionales a que haya lugar, con los reajustes legales anuales desde que las mesadas se hicieron exigibles hasta el momento de su pago.

Tercero: Absolver a la llamada a la litis Instituto de Seguros Sociales, de lo pretendido por la actora, conforme quedo indicado en la parte considerativa de esta decisión.

Cuarto: Condenar en costas a la demandada Banco Popular (f.º 300 a 311)

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al resolver el recurso de apelación propuesta por la demandada, mediante fallo del 15 de marzo de 2013, confirmó la sentencia de primer grado y se abstuvo de condenar en costas en esta instancia.

En lo que interesa el recurso extraordinario, el Tribunal precisó que no fue objeto de discusión que el fallecido Gustavo Torres Conde, fue pensionado por el Banco Popular S. A., en cumplimiento de sentencia judicial y a partir del 26 de abril de 1996.

Estableció que lo pretendido por la demandante era el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir el 10 de mayo de 2008, fecha en la que falleció el señor Gustavo Torres Conde. Señaló que la demandada se opuso a lo anterior, por considerar que no le correspondía el reconocimiento de la aludida prestación, pues esta obligación fue subrogada al ISS a partir de la afiliación del pensionado.

Analizó la sentencia de la CSJ SL, 24 nov. 2004, rad. 22622, en la cual desató el recurso de casación contra la proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual se confirmó la condena que en primer grado emitió el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá consistente en que el Banco Popular debía reconocer y pagar la pensión restringida de jubilación a favor del causante, prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961.

Arguyó que si el demandado fue condenada al pago de la pensión restringida de jubilación, no le asiste razón al considerar que la prestación fue asumida por el ISS con la afiliación, dado que dicha prestación está a cargo exclusivo de aquel. Preciso que tal instituto solo asume la pensión de vejez a partir del cumplimiento de los requisitos contemplados en sus reglamentos, quedando solamente a cargo del empleador el mayor valor, si lo hubiere, tal como lo prevé el artículo 17 de Decreto 758 de 1990 y agregó que al ISS no le corresponde asumir por vía de subrogación total, la pensión restringida de jubilación prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 (CSJ SL, 4 jul 2012, rad. 38051).

Por otro lado, precisó que, teniendo en cuenta que la fecha de fallecimiento del causante fue el 10 de mayo de 2008 (fº 67), la norma aplicable a la sustitución pensional era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, razón por la que correspondía analizar si se cumplieron los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la luz de dicha normativa.

Señaló que con base en la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá, en la que declaró la existencia de unión marital de hecho entre Adela Aguilar Bejarano y Gustavo Torres Conde desde el 1º de agosto de 1999 hasta el 10 de mayo de 2008, se encontraba acreditada la convivencia entre la pareja por un espacio de 8 a 9 años, de manera continua e ininterrumpida.

Aunado a lo anterior, indicó que los testimonios de la señora Rosa Elena Nieto y Orlando Galán Nieto, no son contradictorios entre sí, tal como lo alegó el apelante, pues lo cierto es que ambos testigos señalaron que la actora y el causante fueron compañeros

permanentes, que convivieron por un espacio de 8 a 9 años, primero en el barrio Villa Rosita y posteriormente en el barrio Santo Domingo de Facatativá, sin que la circunstancia de que la dirección no sea exacta con otros documentos pueda ser motivo para desestimar la convivencia, pues lo cierto es que esta es entendida como el auxilio y socorro mutuo, por lo cual, afirmó que no encontró motivo para revocar la decisión apelada.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por el Banco Popular S.A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la de primer grado y en su lugar absuelva a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, los cuales fueron replicados dentro del término legal.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada por violación directa en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 8° de la Ley 171 de 1961, 27 del Decreto 3135 de 1968, 74 del Decreto 1848 de 1969, 37 de la Ley 50 de 1990 y 133 de la Ley 100 de 1993.

En la demostración del cargo, advierte que no discute las conclusiones fácticas a las que llegó el sentenciador de segundo grado y señala que el Tribunal aplicó indebidamente las disposiciones legales mencionadas, al no haber concluido que como consecuencia de la subrogación del riesgo en cabeza del ISS, por haber sido afiliado el causante en su calidad de pensionado y efectuar las cotizaciones, le correspondía a dicho instituto el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada por la actora.

VII. RÉPLICA

La actora para oponerse al cargo transcribió apartes de la decisión tomada por el Tribunal y señala que este no incurrió en la aplicación indebida de las normas citadas en el cargo, pues lo cierto es que el reconocimiento pensional está exclusivamente en cabeza del empleador. Sostiene que el ISS únicamente asume la pensión desde el cumplimiento de los requisitos previstos en sus reglamentos, quedando a partir de allí únicamente a cargo del empleador el mayor valor si lo hubiere.

Por su parte, el apoderado del Instituto de Seguros Sociales indica que el Tribunal no incurrió en la infracción de ninguna ley y menos en el concepto de violación denunciado por el recurrente. Precisa que la decisión de segunda instancia se fundamentó en la sentencia de la CSJ SL, 4 jul. 2012, rad. 38051, la cual establece que el ISS no está en la obligación de asumir, por vía de subrogación, la pensión restringida de jubilación prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, en consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar. Agrega que si el recurrente no compartía el criterio aludido por el Tribunal, debió atacar la sentencia por concepto de interpretación errónea y no el de aplicación indebida, falencia suficiente para desestimar el cargo.

VIII. CONSIDERACIONES

Como se recordará, el Tribunal estimó que el Banco Popular fue condenado a pagar la pensión

restringida de jubilación por lo que la prestación estaría a cargo de empleador y, por ende, la sustitución de dicha prestación no le correspondía asumirla al ISS.

El censor, en esencia, sostiene que por haber afiliado al causante al ISS y realizar las cotizaciones, es a dicho instituto a quien le corresponde el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada por la actora.

Dada la vía escogida por el recurrente se encuentran fuera de debate los siguientes supuestos fácticos: (i) que mediante sentencia del 19 de marzo de 2003 el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso identificado con el número 2000-0720, condenó al Banco Popular al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a favor de Gustavo Torres Conde desde el 25 de abril de 1996, en cuantía equivalente al salario mínimo (f.º 275 a 280); (ii) que la anterior determinación fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 27 de junio de 2003, la que no fue casada por esta Corporación en decisión del 25 de noviembre de 2004 (f.º 284 a 293); (iii) que Gustavo Torres Conde falleció el 10 de mayo de 2008; (iv) que mediante decisión emitida el 19 de mayo de 2008 el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá declaró la existencia de unión marital de hecho entre la actora y el causante, desde el 1º de agosto de 1999 hasta el 10 de mayo de 2008 y, (v) que se acreditó la convivencia requerida entre la promotora del proceso y el causante para acceder a la sustitución de la pensión de sobrevivientes.

Pues bien, para comenzar debe la Sala precisar que el censor denuncia la aplicación indebida de los artículos 8º de la Ley 171 de 1961, 27 del Decreto 3135 de 1968, 74 del Decreto 1848 de 1969, 37 de la Ley 50 de 1990 y 133 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, al revisar el fallo acusado se advierte que el juez de alzada sustentó la decisión de conceder la pensión de sobrevivientes en lo previsto en los artículos 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por lo que no pudo haber incurrido en la modalidad de violación de la cual se le acusa.

Además, la alusión que el Tribunal efectuó respecto del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 fue únicamente para indicar que la misma fue la sirvió de fundamento en el proceso anterior que cursó y en el que resultó condenado el banco hoy demandado al pago de la pensión restringida de jubilación a favor del causante, sin que en modo alguno tal precepto le hubiera servido de sustento en su determinación de otorgar a favor de la demandante la sustitución de la prestación, originada en el fallecimiento de su compañero.

Aunado a lo dicho, basta darle una lectura al cargo para evidenciar que el censor en modo alguno expresa las razones por las cuales considera que resultaron violadas las normas incluidas en la proposición jurídica, con lo que incumple con el deber de sustentar y explicar en el cargo por qué el fallador incurrió en la violación de cada una de las disposiciones enlistadas como aplicadas indebidamente, lo que impide a la Sala adentrarse a analizar si en realidad se cometió algún yerro de stirpe jurídico.

No obstante lo anterior, la Sala debe precisar que la pensión restringida de jubilación que fue impuesta a cargo del banco demandado a través del proceso ordinario laboral que cursó con anterioridad, tiene vocación de transmisibilidad, por lo que – de cumplirse con los requisitos previstos en la norma aplicable sobre pensión de sobrevivientes - es susceptible de sustituirse a los beneficiarios en los mismos términos en que era pagada y, en ese orden, la prestación continúa en idénticas condiciones y a cargo de quien venía cancelándola, esto es, del Banco Popular.

La Corte ha señalado que la pensión restringida de jubilación prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1981, tiene vocación de ser sustituida, lo que implica que se transmite por causa de muerte a las personas que define la ley, razón por la cual, debe continuar a cargo de quien la venía reconociendo, esto es, del recurrente y no del ISS. Así, si la prestación en cuestión fue causada, es legítimo que se trasmita a sus beneficiarios, que para este caso, corresponde a la actora, en su calidad de compañera permanente del causante quien acreditó la convivencia exigida, condiciones no discutidas en el recurso de casación.

Ahora, lo que genera que la pensión tenga un carácter transmisible es que la sustitución pensional no constituye un derecho nuevo sino derivado de uno ya adquirido (CSJ SL, 30 nov. 2010, rad. 41137, reiterada en CSJ SL, 19 jul. 2011, rad. 47928, CSJ SL870-2013, CSJ SL4365-2016, CSJ SL13267-2016 y CSJ SL4927-2017), cuyas condiciones de consolidación, eventual compatibilidad o compartibilidad e inclusive vocación de transmisibilidad, constituyen elementos arraigados del derecho principal.

Al analizar el tema en cuestión respecto de la pensión prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, la Sala en sentencia CSJ SL757-2018 manifestó:

Por otra parte, respecto del segundo problema jurídico planteado, esto es, si la pensión de jubilación reconocida al causante tiene vocación de ser sustituida, se advierte que en efecto, sí se transmite por causa de muerte a las personas que define la ley, entre las cuales está precisamente la cónyuge, en la medida que atañe a las repercusiones y alcances de ese derecho con posterioridad al fallecimiento de su titular, es decir, aquel debe entenderse como un derecho a favor de los beneficiarios del fallecido.

Entonces, si como se dijo el de cujus causó el derecho a la pensión restringida de jubilación, no hay duda de que, legítimamente, podía transmitirla a la demandante en su condición de cónyuge –circunstancia esta última que no es materia de discusión-.

Lo anterior, se refuerza si se tiene en cuenta que esta Corte ha declarado la viabilidad de la sustitución de la pensión sanción y restringida, incluso en aquellos casos en los que el afiliado no logra cumplir la exigencia de la edad antes del momento de su muerte, pero sí el tiempo de servicio, por tanto, si en los eventos en los que el derecho no logra consolidarse por la muerte del afiliado antes del cumplimiento de la edad, se entiende que la pensión es sustituible, debe admitirse también en los que la pensión sí se causa en vida del afiliado y, en ese sentido, se concluye que dicho derecho integra el componente de su transmisibilidad, por ser este un elemento indisoluble del mismo.

En realidad, lo que le da el carácter de transmisible a este tipo de prestaciones, sin perjuicio de que su reconocimiento provenga de la ley, de una convención colectiva, de un acto de liberalidad del empleador, o de una sanción que le fue impuesta, es precisamente el hecho de que la sustitución pensional no constituye un derecho originario sino derivado, cuyas condiciones de consolidación, eventual compatibilidad o compartibilidad e inclusive vocación de transmisibilidad, constituyen elementos arraigados del derecho principal.

Así las cosas, es claro para esta Colegiatura que la pensión restringida de jubilación tenía la vocación de ser sustituida a la actora en las mismas condiciones en que la disfrutaba el causante, por lo que al encontrar el ad quem acreditada su calidad de compañera permanente y la convivencia requerida – tópicos no controvertidos en el cargo –, la obligación continua intacta y

a cargo de quien venía pagando la pensión, esto es, del banco recurrente.

Ahora bien, no le asiste razón al demandado al sostener que por la afiliación del causante al ISS la prestación reclamada está a cargo de dicho instituto y, por lo tanto, que no está obligado a sustituir la pensión restringida de jubilación que reconoció y pagó a Torres Conde hasta la fecha de su deceso. Lo anterior se explica porque aquella circunstancia no tiene incidencia alguna de cara a la obligación que, como empleador, tiene el Banco respecto de la pensión restringida de jubilación y su sustitución, pues como ya ha tenido oportunidad la Sala de manifestarlo, esta prestación es independiente de la que debe reconocer el ISS y, por ende, se encuentra a cargo exclusivo del empleador (CSJ SL, 4 jul. 2012, rad. 38051).

Lo anterior está sustentado en que la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no operó tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, las cuales quedan a cargo exclusivo del empleador (CSJ SL, 26 sep. 2007, rad. 30766, reiterada en CSJ SL 4 jul. 2012, rad. 38051), tal y como ocurrió en el caso, ya que la pensión se causó con el retiro del servicio, hecho que ocurrió el 15 de septiembre de 1974, según sentencia judicial en firme.

Conforme a lo anterior, ningún error jurídico se le puede endilgar al Tribunal al haber estimado que pensión de sobrevivientes derivada de la pensión restringida de jubilación quedaría a cargo del demandado y que no le correspondía reconocerla al instituto llamado a integrar la litis.

IX. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia impugnada por violación directa en la modalidad de infracción directa de los artículos 143 y 178 de la Ley 100 de 1993, 42 del Decreto 692 de 1994, 3° del Decreto 510 de 2003 y 2, 4, 5, 7, y 8 de la Ley 797 de 2003.

En la demostración del cargo, indica que en caso de que se encuentre que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se debe observar que el Tribunal ignoró su obligación de ordenar que del retroactivo pensional se deduzcan las sumas que correspondan a los aportes por salud a cargo del pensionado para proceder con su pago a la entidad respectiva.

Precisa que el Tribunal debió tener en cuenta que en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, se dispuso que las cotizaciones para salud de los pensionados estarán a su cargo y que según el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, las entidades pagadoras deberán descontar la cotización en salud y transferirla a la EPS o a la entidad a la cual esté afiliado, y deberá girar un punto al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud.

Indica que se debía autorizar el descuento de las sumas por aportes por salud, pues su reconocimiento genera un retroactivo a favor del demandante y la correlativa obligación de cotizar en calidad de pensionado al sistema general de seguridad social en salud, tal como lo menciona la sentencia de la CSJ SL, 6 may. 2009, rad. 34601.

Dice que quien paga la mesada está facultado para efectuar el descuento por salud a cargo del pensionado y alude a las sentencias de la CSJ SL, 14 feb 2012, rad. 47378 y CSJ SL 13 mar 2012, rad. 49487 para concluir que al ordenarse el reconocimiento de la pensión en forma retroactiva, se debía ordenar el pago de las cotizaciones por salud a cargo de la demandante, facultando a la entidad pagadora de la pensión efectuar las deducciones correspondientes.

X. RÉPLICA

El apoderado de la señora Adela Aguilar de Bejarano, indica que el Tribunal no tocó el tema del retroactivo pensional, pues este tópico no se planteó en la contestación de la demanda ni en el recurso de apelación, por ende, en casación no puede ser estudiado y agrega que en el entendido que la cotización para salud establecida en el sistema para los pensionados está a cargo de éste, y se debe aplicar la deducción para el aporte, a partir de la afiliación de la demandante al sistema de seguridad social en salud y no sobre el retroactivo reconocido.

XI. CONSIDERACIONES

La temática sometida a consideración, ya ha sido analizado de forma reiterada y pacífica por esta Corporación (CSJ SL, 13 mar 2012, rad. 49487 y CSJ SL7911-2015), en el sentido de precisar que del monto de las mesadas adeudadas debe deducirse el valor de las cotizaciones al sistema de salud, descuento que opera por ministerio de la ley, y en virtud de la cual, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud (artículo 42, inciso 3º del Decreto 692 de 1994).

Asimismo, la Sala ha explicado 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 Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios (CSJ SL8653-2016).

Por lo expuesto, al margen de si el tema en cuestión fue materia de apelación o no, le corresponde a los falladores ordenar el descuento con destino al sistema de salud en cumplimiento de las normas que regulan las condiciones de afiliación y cotización a salud por parte de los pensionados. Así lo ha estimado la Sala, entre otras, en sentencia CSJ SL6446-2015.

En cuanto a lo solicitado por la réplica referente a que de estimarse viable el descuento por salud, se ordene únicamente desde que la actora se afilie al sistema y no sobre la totalidad del retroactivo pensional generado, no le asiste razón ya que los pensionados están obligados a asumir el valor total de la cotización desde la fecha en que se causa el derecho pensional y, por ende, el descuento por aportes a salud debe realizarse sobre todo el retroactivo pensional que surge a favor de la demandante como consecuencia del otorgamiento de la pensión de sobrevivientes que se efectuó a través del presente proceso.

Lo anterior ha sido sustentado por la Sala en los argumentos que se exponen a continuación:

Sobre este argumento, encuentra la Sala que, en efecto, el inciso 2º 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 3º 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, CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576).

De lo anterior surge que el Tribunal se equivocó al no disponer que del monto de las mesadas adeudadas, se dedujera el importe de las cotizaciones por salud y, por consiguiente, el cargo prospera, solo en este aspecto. No se casará en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario dada su prosperidad parcial.

XII. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, es suficiente lo indicado en casación, para adicionar el fallo de primera instancia en el sentido de autorizar al banco demandado 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 se transfiera a la entidad administradora de salud -EPS- a la que se encuentre afiliada la actora.

Las costas de primera instancia a cargo de la demandada. Sin costas en la apelación.

XIII. 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 dictada el 15 de marzo de 2013 por Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por ADELA AGUILAR DE BEJARANO contra el BANCO POPULAR S. A., trámite dentro del cual fue llamado como litis consorte necesario al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, solo en cuanto se abstuvo de autorizar el descuento del retroactivo pensional para la cotización en salud. No se casa en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

En sede de instancia, RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el fallo proferido el 17 de agosto de 2011 por el Juzgado Décimo Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, en el sentido de autorizar al Banco Popular para que del retroactivo pensional efectúe la deducción a salud y transfiera el aporte a la EPS a la que la actora se encuentre afiliada, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: Costas como se indicó 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

