

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL4025-2018

Radicación n.º 70309

Acta 34

Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 27 de mayo de 2014 en el proceso ordinario que en su contra adelanta **OFELIA GONZÁLEZ GRANADOS**.

I. ANTECEDENTES

Con la demanda inicial, la actora solicitó que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su calidad de madre del causante Danilo Herrera González, por reunir los requisitos de ley. En consecuencia, se condene a la convocada a reconocerle la referida

prestación a partir del 11 de agosto de 2011, el retroactivo pensional causado, así como los intereses moratorios, lo que resulte probado extra o ultra *petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de esos pedimentos, expuso que el causante, quien era soltero y no tenía descendencia, falleció el 11 de agosto de 2011; que era su beneficiaria en salud; que para el momento de la estructuración de la enfermedad de su hijo, laboraba en Sodexo Hipermercados Éxito S.A.; no obstante, pasó a ser económicamente dependiente de él, toda vez que el 2 de febrero de 2011 renunció a su trabajo para dedicarse a su cuidado; que para la fecha del deceso, el *de cujus* trabajaba en Asescoop CTA., devengaba un salario mínimo y tenía cotizadas 77 semanas de las cuales, más de 50 lo fueron en los últimos 3 años previos a su muerte.

Afirmó que el 31 de agosto de 2011, solicitó la prestación de sobrevivientes en calidad de ascendiente supérstite, que le fue negada el 5 de diciembre siguiente por no acreditar la dependencia económica respecto del afiliado; que reiteró dicha petición el 27 de diciembre de 2011 y el 3 de mayo de 2012, sin que se haya dado respuesta alguna; que la AFP negó la pensión de sobrevivientes a Pedro Nel Herrera padre del causante, pese a que este no la reclamó y, por el contrario, informó a la accionada no estar interesado en dicho beneficio por cuanto ya no convivía con la demandante y, además, esta última fue la única encargada del fallecido (f.º 43 a 51).

La accionada al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos relativos a la fecha de fallecimiento del causante, la afiliación de este a la AFP convocada, las semanas cotizadas, la negación del derecho pensional al padre del *de cujus*, y la reclamación elevada por la actora. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 67 a 75).

II. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 30 de julio de 2013, absolvió a la demandada de todas la pretensiones incoadas en su contra por el actor a quien gravó con costas (f.º 117 a 125).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación que elevó la demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través del fallo impugnado, revocó el del *a quo* y resolvió (f.º 136 a 148 vto.):

Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a Ofelia González, la pensión de sobrevivientes a partir del 11 de agosto de 2011, en cuantía de un salario mínimo legal vigente, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en la primera instancia a cargo de la parte demandada. No se causan en la alzada.

Para esta decisión, comenzó por señalar como supuestos fácticos demostrados los siguientes: (i) que Danilo Herrera González estuvo afiliado a la demandada para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; (ii) que cotizó un total de 77 semanas de enero de 2010 al 11 de agosto de 2011, fecha en que falleció a causa de una enfermedad de origen común; (iii) que el 31 de agosto de 2011, la demandante solicitó la prestación de sobrevivientes, que le fue negada por no acreditar la dependencia económica respecto del afiliado, y (iv) que reiteró dicha petición el 27 de diciembre de 2011 y el 3 de mayo de 2012, sin que se haya dado respuesta alguna.

A continuación, adujo que en atención a la fecha de fallecimiento del asegurado -11 de agosto de 2011- la norma que regula la pensión solicitada es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (por remisión del artículo 73 *ejusdem*), modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Delimitó los problemas jurídicos a establecer la dependencia económica de la accionante frente al *de cujus*, y si la ausencia de su aporte financiero desmejoró su calidad de vida.

Para ello, acudió a las declaraciones extra procesales allegadas al plenario, y adujo que aunque no fueron ratificadas dentro del asunto tienen plena validez probatoria en los términos de las normas adjetivas que regulan la materia, toda vez que los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros, el juez los aprecia sin

necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria lo solicite, situación que, aclaró, no aconteció en el *sub lite*.

Trajo a colación la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2013, rad. 42536, relativa al valor probatorio de las declaraciones extra juicio recibidas para fines no judiciales y señaló que las adosadas al expediente daban cuenta que el fallecido convivió con su madre de manera permanente hasta su muerte, así como que esta dependía económicamente de aquel, lo que igualmente infirió del carné de afiliación en salud de Famisanar y la certificación de esta entidad, que demuestran que la actora era beneficiaria del causante en el sistema de salud y que tras su muerte, fue desafiliada el 11 de septiembre de 2011.

Asimismo, aludió a la carta de renuncia que presentó la demandante ante Sodexo el 2 de febrero de 2011, en la que adujo como motivo de su renuncia que su hijo padecía de una enfermedad grave que le implicaba estar pendiente de su tratamiento.

Añadió que en la investigación administrativa que adelantó la firma Consultando Ltda., en la que se entrevistó a Orfidia Amparo Forero Sánchez, vicepresidente del consejo en el conjunto donde residía el causante con la actora, esta afirmó conocer que el fallecido le colaboraba a su mamá con los gastos de la casa, aun cuando estuvo incapacitado, y resaltó que el hecho que la accionante ocasionalmente «*vendiera minutos de celular*» y, además,

recibiera \$150.000 mensuales por parte del padre de su hijo menor, no desvirtúa la dependencia económica.

Lo anterior, en tanto consideró que la jurisprudencia ha explicado que no se requiere una subordinación material total y absoluta, es decir, que no es necesario que el ascendiente supérstite quede en estado de indefensión e indigencia para ser acreedor de la prestación causada.

Además, acotó que esta Corporación ha señalado que la subordinación económica *«no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacia sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, que por sí no basten para proveerse de lo necesario para llevar una vida digna; la dependencia económica del beneficiario, según ha sido concebida por la Corte, no riñe con emolumentos, ayudas o provechos para la subsistencia siempre y cuando éstos (sic) no los convierta en autosuficientes económicamente, situación que hace desaparecer la subordinación que predica la norma legal»* CSJ SL, 30 ago. 2005, rad. 25919.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que la demandante dependía económicamente de Danilo Herrera González y, por ello, le asistía derecho a la pensión de sobrevivientes en condición de ascendiente supérstite, dado que cumple los demás condicionamientos legales para ser beneficiaria de la prestación deprecada, por tanto, habría de revocarse la decisión del *a quo* y, en su lugar, condenar a

2

Protección S.A. a otorgarla a partir de 11 de agosto de 2011, en cuantía de un salario mínimo legal vigente, toda vez que esa fue la remuneración devengada por el asegurado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, que prevé que *«en ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario de casación lo interpuso la demandada Protección S.A., lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la accionada que esta Sala case la sentencia recurrida para que, en sede de instancia, confirme la del *a quo* y la absuelva de todas las pretensiones incoadas. Subsidiariamente, solicita la «CASACIÓN PARCIAL» de la decisión del Tribunal, en cuanto no autorizó a la administradora a descontar los aportes correspondientes al sistema de seguridad social en salud y a cargo exclusivo de la beneficiaria de la pensión y, en sede de instancia, se revoque la de primer grado para que una vez concedida dicha prestación, le ordene a la accionada practicar tales deducciones y trasladarlas a la EPS pertinente.

Con tal propósito, por la causal primera de casación, formula dos cargos que dentro del término de ley fueron objeto de réplica.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria, por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida del *«artículo 13 literal d) de la Ley 797 de 2003 y por la infracción directa de los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y 29 y 230 de la Constitución Política»*.

Para su demostración, transcribe apartes de la sentencia acusada y de las providencias CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35351, 22 en. 2013, rad. 37989 y SL15116-2014, y refiere que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 13 literal d) de la Ley 797 de 2003, pues pese a que la subordinación monetaria no debe ser total, como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2006, una cosa es que dicho sometimiento económico no sea absoluto, y otra cuestión muy diferente es que para que se materialice, el aporte del fallecido debe ser esencial a fin de que los padres puedan sobrellevar una congrua existencia.

Luego, estima que constituye un yerro del juez de segundo grado afirmar que basta con que la madre se vea privada de la hipotética ayuda económica del causante para que se tenga acreditado el supuesto de hecho que la

convierte en legítima beneficiaria de la pensión solicitada, máxime que las reglas de la experiencia enseñan que cuando un hijo comienza a trabajar, generalmente otorga una ayuda económica en dinero o en especie a sus padres, sin que ello implique, por sí solo, que esa colaboración automáticamente signifique una subordinación financiera.

Resalta que el Tribunal pasó por alto estudiar si ese hipotético aporte suministrado por el fallecido cumplía con las condiciones indispensables para que se tuviera como significativo, y tampoco tuvo en cuenta que no se incorporó elemento probatorio alguno relacionado con la disponibilidad de recursos con los que contaba el causante para socorrer a su madre, una vez satisfechas sus propias necesidades.

Agrega que en el proceso tampoco se demostró la periodicidad del aporte que eventualmente entregaba el *de cuius* a la progenitora, es decir, que *«la participación económica [fuera] regular y periódica»*, y aun si en gracia de discusión se aceptara que había algún auxilio, no se podría configurar una dependencia económica, toda vez que jamás se aclaró que esas contribuciones no fueran *«simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario»*.

Manifiesta que en el expediente no obra prueba de la significancia de la hipotética partida de dinero que le daba el fallecido a la demandante, pues nunca se estableció el valor total de las erogaciones maternas y, por lo tanto,

resultaba imposible determinar la trascendencia del auxilio, pues las alusiones que se hicieron con relación a esos aspectos provinieron directamente de la actora; luego, que no sirven como fundamento de una condena, dado que *«es un axioma universal que nadie puede crear sus propias comprobaciones para obtener de ellas un beneficio dentro de un proceso»*.

Insiste que el Tribunal omitió verificar el cumplimiento de la tercera exigencia reseñada por esta Corte, esto es, que *«las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste (sic)»*.

Finalmente, reitera que la subordinación monetaria no se deriva de un simple aporte que hiciera el fallecido en favor de su progenitora, dado que para que ello realmente se concrete, es imprescindible la prueba de que sin el suministro de aquel valor le era imposible sufragar su sustento.

VIII. RÉPLICA

Manifiesta el opositor que en el proceso obran las pruebas documentales y las declaraciones extra juicio que demuestran que el causante contribuía al sostenimiento de su madre, y que estas últimas, que según la línea jurisprudencial y el artículo 27 de la Ley 794 de 2003 que

modificó el entonces vigente artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, no necesitan ser ratificadas dentro del proceso, salvo que la parte contraria lo solicite, puesto que son documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros.

VIII. CONSIDERACIONES

La Sala advierte que la parte recurrente fundamenta la acusación a partir de una premisa que no constituyó la fundamentación de la decisión del Tribunal. En efecto, afirma que el juez de apelaciones concluyó que *«basta con que la madre se vea privada de la hipotética ayuda económica del causante para que se tenga acreditado el supuesto de hecho que la convierte en legítima beneficiaria de la pensión solicitada»*, cuando, en realidad, el fallo recurrido se edificó en que si bien la demandante recibió algunos ingresos, estos eran insuficientes para garantizar un nivel de vida digno, siendo indispensable el aporte dado por su hijo fallecido a fin de satisfacer sus necesidades.

En ese sentido, encontró que aunque la actora ocasionalmente vendía minutos de celular y recibía \$150.000 mensuales por parte del padre de su hijo menor, no era autónoma financieramente, pues no era necesario que esta quedara en estado de indefensión e indigencia para acceder a la pensión de sobrevivientes solicitada, máxime cuando la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que no se requiere una subordinación material total y absoluta.

De esta manera, el embate jurídico que propuso el censor está llamado al fracaso, toda vez que su discurso no guarda relación con las verdaderas razones que tuvo en cuenta el juez plural para revocar el fallo de primer grado.

En torno al deber de la recurrente en casación de acusar los reales argumentos de la sentencia impugnada, la Sala en CSJ SL13058-2015, indicó que:

(...) reitera que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, exige el despliegue de un ejercicio dialéctico 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.

Adicionalmente, la impugnante pese a dirigir su ataque por la ruta del puro derecho, involucra en su discurso cuestiones fácticas, generando una mixtura de las dos vías de violación de la norma sustancial, lo cual no es admisible en sede de casación.

Se dice lo anterior, por cuanto si bien la censura encamina las acusaciones por la vía directa, que supone que el ataque se centrará en el raciocinio jurídico efectuado por el Tribunal, en su sustentación alude a que en el expediente no obra prueba de la significancia de la hipotética ayuda monetaria que le daba el acusante a la demandante, premisa de orden fáctico que si bien puede ser relevante, no resulta

apropiada para sustentar el ataque jurídico que formuló.

Se echa de menos, entonces, un desarrollo argumentativo tendiente a derribar la reflexión jurídica cardinal del fallo, referente a que la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta, sino que lo que se exige es que dicha colaboración le permita conservar un nivel de vida digno.

Igualmente, se tiene que la inferencia fáctica referida a que dicha subordinación financiera estuvo suficientemente acreditada por la demandante y, por tanto, tenía derecho al reconocimiento pensional, no fue controvertida por la vía adecuada y, por tanto, permanece incólume.

Con todo, la consideración jurídica del juez de apelaciones no es contraria a la jurisprudencia sentada por esta Corporación de manera reiterada, mediante la cual ha establecido que el requisito de la dependencia económica que exige el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no implica una sujeción total y absoluta del presunto beneficiario a los ingresos económicos que percibía del causante, de modo que el hecho de que existan otras contribuciones o rentas en favor de los padres del afiliado fallecido, no excluye el derecho de estos de obtener una pensión de sobrevivientes, la única condición que debe cumplirse es que esos ingresos no sean suficientes para garantizar su supervivencia en condiciones mínimas, dignas y decorosas (CSJ SL, 12 feb. 2008, rad. 31346, reiterada en la CSJ SL2800-2014 y la CSJ SL6558-2017).

Empero, la Sala también ha enseñado que el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, *«no significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas»* (CSJ SL4811-2014).

Sobre este punto, esta Corte ha identificado como elementos estructurales de la dependencia: i) la falta de autosuficiencia económica a partir de recursos propios o de terceros y ii) una relación de subordinación económica respecto de la persona fallecida, de forma tal que le impida valerse por sí mismo y que vea afectado su mínimo vital en un grado significativo.

También ha explicado esta Sala que la dependencia financiera de los padres que persiguen el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, a fin de determinar si los ingresos que perciben son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento y necesidades básicas, en cuyo caso no se configura el presupuesto legal para acceder a la prestación pensional. Luego, si aquellos son precarios o insuficientes para proveerse de lo necesario, al punto que el apoyo o ayuda -así sea parcial- del hijo o hija es determinante para llevar una

vida en condiciones dignas, es cuando puede pregonarse la dependencia fundamental del beneficiario respecto del causante.

Puesto en otros términos, no significa que es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba, realmente, a mantener unas condiciones de vida determinadas (CSJ SL18517-2017).

En ese orden, no se trató de que en la sentencia enjuiciada se hubiera desatendido el precepto acusado o equivocado su hermenéutica, toda vez que el Tribunal fue claro al establecer que la dependencia económica que se exigía a la madre para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte del descendiente inmediato, no era total y absoluta, pues así lo había definido la Corte Constitucional, aspecto en el cual acogió la doctrina de esta Corporación.

Ahora, como el fallo del Tribunal se edificó también sobre los medios de prueba del proceso, cuya apreciación fue la que le permitió concluir que estaba acreditada la

dependencia económica de la promotora del juicio y, que por ello, podía beneficiarse de la pensión de sobrevivientes derivada de la muerte de su hijo, si en algún eventual error pudo incurrir el *ad quem* en sus razonamientos, sería sobre los elementos de convicción, por tanto, el ataque debió dirigirse por la vía indirecta o de los hechos, no por la senda del puro derecho o jurídica, pues, se itera, esta última deja intactas las inferencias fácticas del juzgador de alzada, lo que hace que la sentencia impugnada mantenga la doble presunción de acierto y legalidad.

Por todo lo dicho, la acusación no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Le endilga a la sentencia acusada la violación de la ley sustancial 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 65 del Decreto 806 de 1998*».

Señala que el juez de segundo grado dejó de lado el deber legal de la administradora de practicar sobre las mesadas pensionales los descuentos relativos a los aportes al régimen de seguridad social en salud a cargo de la beneficiaria de la prestación, pues al tenor de lo consagrado en el artículo 143 inciso 2.º de la Ley 100 de 1993 las cotizaciones por salud para los pensionados estarán a su cargo en su totalidad, y según el artículo 42 inciso 3.º del

Decreto 692 de 1994 las entidades pagadoras de las pensiones deberán efectuar los descuentos por ese concepto y transferirlos a la EPS a la cual este afiliado el pensionado, incluido el dinero correspondiente al fondo de solidaridad y garantía en salud, si hubiere lugar a ello.

Refiere que como el otorgamiento de la pensión está íntimamente ligado a los descuentos por salud a cargo del jubilado, es ineludible que tales descuentos deben ser ordenados de manera simultánea con la condena judicial de pagar dicha prestación. Afianza su postura, con la cita de la sentencia CSJ SL, 20 feb. 2013, rad. 48875.

X. RÉPLICA

Afirma que del material probatorio, especialmente, la certificación de la EPS Famisanar, se evidencia que Ofelia González Granados, fue retirada como beneficiaria en salud de la EPS, desde el 11 de septiembre de 2011, por el fallecimiento de su hijo *«quedando en total desamparo frente a los servicios de salud y más si se tiene en cuenta que sufre graves quebrantos de salud, por no contar con ingresos económicos para realizar una cotización al Régimen Contributivo en Salud, lo cual sería un descalabro jurídico realizar descuentos en salud desde la acusación de la Pensión de Sobrevivientes si se tiene en cuenta que la demandante no ha obtenido los beneficios en salud que tendría si cotizara al régimen contributivo»*.

En apoyo cita *in extenso* apartes de la Circular 0068 de 1.º de diciembre de 2005, de la Procuraduría General de la Nación, que requiere a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), con el fin de que *«todo aporte que se cobre a los cotizantes obligatorios, especialmente a los pensionados o jubilados, corresponda a la efectiva prestación de los servicios médico-asistenciales y prestacionales. En caso de cobros de retroactivos, debe buscarse el mecanismo de compensación de los servicios médicos y asistenciales no prestados y sobre los cuales se está recibiendo el pago de aportes»*.

XIII. CONSIDERACIONES

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 EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud. Así se desprende expresamente del mandato contenido en el referido inciso 3.º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, cuando señala:

Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido 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 Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, reiterada en la CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 52643, y más, recientemente, en la CSJ SL4438-2017, 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 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, así como los artículos 3º del Decreto 510 de 2003 y 2º, 4º, 5º, 7º y 8º 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 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 (sic). 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 (sic) 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 que se le endilga al no autorizar a la administradora demandada a descontar del valor del retroactivo pensional las cotizaciones a salud y, por consiguiente, el cargo está llamado a prosperar. En esa medida, se casará la sentencia impugnada en cuanto no autorizó a la accionada a descontar de las mesadas pensionales, las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en salud. No la casará en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario dada su prosperidad parcial.

XII. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, son suficientes los argumentos esgrimidos en la esfera casacional, para adicionar el fallo de primera instancia en el sentido de autorizar a la demandada a descontar de las mesadas pensionales, el valor de la totalidad de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, a partir de la fecha en la cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud a la que se encuentre afiliada. Se confirmará en lo demás.

Las costas de la primera instancia, estarán a cargo de la parte accionada, sin lugar a ellas en la alzada.

XV. 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 Bogotá el 27 de mayo de 2014, en el proceso ordinario que **OFELIA GONZÁLEZ GRANADOS** adelanta contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN**, en cuanto se abstuvo de autorizar el descuento de las mesadas pensionales para la cotización en salud. No la casa en lo demás.

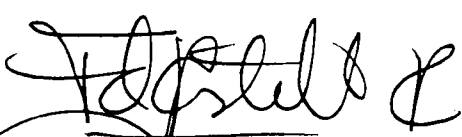
En sede de instancia, se autoriza a la demandada efectuar tal deducción, a partir de la fecha de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con la finalidad de que se transfieran los aportes a la EPS a la que la demandante se encuentre afiliada. Se confirma en lo demás.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

67

CLARA CECILIA BUENAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACION LABORAL
Se deja constancia que en la fecha y hora
indicada se dejó constancia de la presencia
de la parte interesada.
25 SEP 2018 Hora: 5:00pm
Bogotá, D.C.


FERNANDO CASTILLO CADENA
Presidente de la Sala

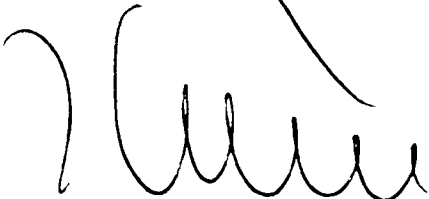

GERARDO BOTERO ZULUAGA
Rad. 70309


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ


CLARA CECILIA BUENAS QUEVEDO


RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS


JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

CLARA CECILIA BUENAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACION LABORAL
Se deja constancia que en la fecha se dejó constancia
Bogotá, D.C. 20 SEP 2018 5:00pm
Secretario

CLARA CECILIA BUENAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACION LABORAL
Se deja constancia que en la fecha se dejó constancia
Bogotá, D.C. 20 SEP 2018 8:00am
Secretario