



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

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL9766-2016
Radicación n.º 53260
Acta 25

Bogotá, D. C., trece (13) de julio de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso por la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 23 de febrero de 2011, en el proceso que **NATALIA MARCELA CEBALLOS** en nombre propio y en representación de su hija **GERALDINE HERRERA CEBALLOS** adelanta contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, causada con ocasión de la muerte Johan Herrera Restrepo, a partir del 25 de marzo de 2006, las mesadas adicionales, los intereses moratorios y las costas del proceso.

En respaldo a esos pedimentos, refirió la demandante Natalia Marcela Ceballos que *«convivió con el señor Johan Herrera Restrepo desde 2000 hasta el 2005»*, quien falleció el 25 de marzo de 2006; que durante dicha unión procrearon a Geraldine Herrera Ceballos; que el mencionado causante fue afiliado por la empresa Tejidos de Punto Lindalana S.A. al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de agosto de 1997 hasta el 1º de mayo de 1998 (260 días o 37.24 semanas), y por la empresa Tiempos S.A. desde el 22 de enero de 2001 hasta el 4 de mayo de 2004 (417 días o 59.57 semanas), para un total de 96.75 semanas cotizadas; que, ulteriormente, se afilió a Porvenir S.A. para los riesgos de IVM, donde cotizó desde el 22 de septiembre de 2005 hasta el 25 de marzo de 2006 un total de 26 semanas.

Relató que la suma de las cotizaciones efectuadas en ambos regímenes arroja un total de 122.71 semanas; que solicitó para sí y para su hija el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, empero, la entidad accionada se la negó mediante comunicación 0200001048710900 del 8 de marzo de 2007, pretextando que el afiliado fallecido no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema, pues entre

la fecha en que cumplió 20 años de edad (16 de marzo de 1997) y la de su fallecimiento (25 de marzo de 2006), no había cotizado el 20%. Por último, señaló que el trámite encaminado a hacer efectivo el bono pensional le concernía a la accionada, motivo por el cual, su actuación es de mala fe (fls. 3-5).

Al dar respuesta a la demanda, la administradora accionada se opuso a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de deceso del afiliado; la confesión de la actora, en el sentido que *«no convivió con el causante hasta el momento de su fallecimiento»*; la hija común que procrearon; la afiliación del causante a Porvenir S.A.; el número de semanas cotizadas en esta administradora; la solicitud pensional y la respuesta ofrecida, con la precisión de que también le fue negada la prestación por no tener el afiliado 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a su muerte.

En su defensa argumentó que la actora no tenía derecho a la pensión de sobrevivientes por varias razones: (i) el afiliado fallecido no acreditó el requisito de fidelidad al sistema previsto en el art. 46 de la L. 100/1993, modificado por el 12 de la L. 797/2003, debido a que entre la fecha en que cumplió 20 años de edad (16 de marzo de 1997) y la de su fallecimiento (25 de marzo de 2006), no cotizó el 20%; (ii) no contribuyó con 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su muerte; (iii) no es posible sumar las semanas cotizadas al I.S.S. por cuanto la documentación aportada expresamente dice *«no válido para prestaciones*

económicas», razón por la cual, en la misiva del 28 de septiembre de 2007, se le informó que «[...] por ahora no podemos tener en cuenta las semanas cotizadas al I.S.S., hasta tanto no sean cargadas de manera oficial en el interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda»; (iv) la demandante no convivió con el causante al momento de su muerte, de acuerdo a lo expresado por ella en la demanda y a la investigación administrativa de Porvenir, que concluyó que la convivencia con el causante perduró hasta el año 2004. Añadió a todo lo anterior, que la administradora ha realizado grandes esfuerzos para obtener la información y el bono pensional, sin que haya obtenido respuesta por parte del I.S.S. y de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para rebatir las pretensiones de la demanda, excepcionó falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y necesidad del equilibrio financiero del sistema (fls. 43-56).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Adjunto Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo del 28 de mayo de 2010, resolvió:

PRIMERO: CONDENÁSE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. [...] reconocer a la señora NATALIA MARCELA CEBALLOS, en nombre propio y en representación de su hija menor GERALDINE HERRERA CEBALLOS, la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de marzo del año 2006 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente en porcentaje de un cincuenta por ciento (50%) para la compañera y un cincuenta por ciento (50%) para la menor, ésta última hasta el momento en que cumpla los dieciocho

(18) años de edad o arribe a los veinticinco (25) años en caso de que se encuentre estudiando, momento en el cual dicho porcentaje acrecerá el derecho pensional de la señora CEBALLOS.

SEGUNDO: CONDENÁSE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. [...] a cancelar a la señora NATALIA MARCELA CEBALLOS, en nombre propio y en representación de su hija menor la suma de VEINTISEIS MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$26.212.400,00), por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 25 de marzo del año 2006 y el mes de mayo de la presente anualidad.

En adelante y a partir del mes de junio del año 2010, deberá la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., cancelar a la señora NATALIA MARCELA CEBALLOS y a su hija menor GERALDINE HERRERA CEBALLOS representada por ella una mesada pensional por valor de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$257.500,00) para cada una equivalente al cincuenta por ciento del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2010, sin perjuicio de las mesadas adicionales de junio y diciembre y los aumentos legales a la pensión.

TERCERO: CONDENÁSE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. [...] a reconocer a partir del 8 de mayo del año 2007 sobre el importe de las mesadas pensionales a que se contrae esta decisión, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

CUARTO: Se declaran implícitamente decididos los medios de defensa propuestos por la parte opositora.

QUINTO: COSTAS a cargo de la parte demandada.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte demandada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la sentencia recurrida en casación, confirmó la de primer grado.

Para el Tribunal, el recurso de apelación suscitaba tres cuestiones: (i) decidir si el requisito de fidelidad era aplicable o no; (ii) dilucidar si el requisito de la convivencia se encontraba probado; y (iii) determinar si los intereses moratorios eran procedentes.

En cuanto a lo primero, el juez *ad quem* consideró que «*si bien la muerte del señor JOHAN HERRERA RESTREPO se dio antes de que se promulgara la sentencia C- 556/2009, mediante la cual se declararon inexequibles los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797/ de 2003, lo cierto es que la Jueza de instancia actuó correctamente cuando decidió inaplicar el literal b) del artículo 12 de la Ley en mención, que consagra el requisito de fidelidad, dado que en diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional ha manifestado que se trata de una medida regresiva en materia de Seguridad Social, y que por tanto debe ser inaplicada, así lo expresó en la sentencia T-006 de 2010 [...]».*

En relación con lo segundo, sostuvo que la circunstancia expresada en la demanda, según la cual la accionante «*convivió con el señor Johan Herrera Restrepo desde 2000 hasta el 2005*», no logró ser probada al interior del proceso, puesto que la misma demandante durante el interrogatorio aclaró «*tal situación indicando que la convivencia con el causante permaneció en el tiempo hasta la fecha de su deceso, y en el mismo sentido giran las declaraciones de los testigos, quienes al unísono sostienen que la pareja HERRERA-CEBALLOS convivió en la casa de los padres del fallecido hasta la ocurrencia de su muerte, formándose así un convencimiento pleno de la convivencia real y efectiva que unió a la pareja*». Añadió respecto a los vínculos de familiaridad de los testigos con la demandante y su hija, que ello no impedía la valoración de las declaraciones, siempre que se

realice de forma *«más diligente y cuidadosa, razón por la cual la a quo obtuvo de ellos plena credibilidad y los utilizó como herramienta fundamental para decidir la controversia, aunado al hecho de que dichos deponentes fueron quienes siguieron desde el comienzo la relación de la pareja e incluso llegaron a convivir con ella bajo el mismo techo»*.

Por último, estimó admisibles los intereses moratorios, debido a que su creación por la L. 100/1993 tiene como objetivo reparar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las administradoras en el pago oportuno de las mesadas pensionales.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, revoque la del *a quo* y, en su lugar, se le absuelva de lo pedido en la demanda.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados.

VI. CARGO PRIMERO

Por la vía directa, le atribuye a la sentencia impugnada la aplicación indebida de los arts. 4 de la C.P., 13, literal a) y c), y 12, numeral 2º de la L. 797/2003 *«al haber concedido la pensión reclamada teniendo en cuenta implícitamente el cumplimiento del requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de la muerte del causante»*, y la falta de aplicación de los arts. 45 de la L. 270/1996, 16 del C.S.T., 20 de la L. 393/1997, 29, 230 y 241 de la C.P., 12, numeral 2º, literal b), de la L. 797/2003 *«en lo concerniente a la “fidelidad de cotización para con el sistema” pues no la tuvo en consideración para negar el derecho a acceder a la prestación deprecada»*.

En síntesis, sostiene el recurrente que, de acuerdo con lo estatuido por el art. 45 de la L. 270/1996, las sentencias de constitucionalidad, a menos que la Corte resuelva lo contrario, no tienen efectos retroactivos; que, en esa medida, al no haberle concedido el Tribunal Constitucional efectos retroactivos a la sentencia C-556/2009, no era posible que los jueces ordinarios la aplicaran hacia el pasado, y que dicha prohibición, resulta reafirmada en el art. 20 de la L. 393/1997.

Expone que la excepción de inconstitucionalidad prevista en el art. 4º de la C.P. era improcedente, toda vez que, con arreglo a la doctrina de esta Sala vertida en la sentencia CSJ SL, 5 ago. 2009, rad. 35119, *«ésta no tiene cabida cuando ya la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la inexequibilidad de una disposición [...]»*.

Refiere que, por lo anterior, el juzgador de segunda instancia no tenía otro camino que resolver el litigio con

apego al texto original del art. 12 de la L. 797/2003, pues para la fecha de fallecimiento del causante (25 de marzo de 2006), aún no había sido expulsado del ordenamiento jurídico el requisito de fidelidad.

VII. RÉPLICA

Al oponerse a la prosperidad del cargo, la parte actora sostiene que el recurrente incurre en una contradicción, pues invoca, al mismo tiempo, la aplicación indebida de art. 12 de la L. 797/2003 y su falta de aplicación. De esta forma, puntualiza que el sentenciador lo que hizo fue inaplicar el requisito de fidelidad al sistema, y como este requisito está en la norma, lo que pudo haber cometido es una infracción directa.

Al lado de esta apostilla, aduce que en todo caso, la disposición relacionada con la fidelidad al sistema, debía ser inaplicada.

VIII. CONSIDERACIONES

El cargo no incumbe en la falencia formal que le atribuye el opositor, debido a que, en relación con el requisito de fidelidad al sistema previsto en el literal b), numeral 2º, del art. 12 de la L. 797/2003, el recurrente le endilga al Tribunal la violación de la ley sustancial en el concepto de *falta de aplicación*, equiparable al de *infracción directa*, y, sobre esta modalidad, desarrolla todo su discurso jurídico.

Ahora, si bien en la proposición jurídica se aludió a la aplicación indebida del art. 12 de la citada ley, ello se hizo exclusivamente respecto al requisito de las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores al deceso del causante, tal y como puede leerse en la relación de normas citadas, en donde se omite incluir el literal b), que es el que consagra el requisito de la fidelidad al sistema.

Superado el anterior escollo y en lo que al fondo del asunto concierne, esta Corporación, en sentencias CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832 y CSJ SL, 10 jul. 2010, rad. 42423 (pensión de invalidez), y luego en providencias CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 42540 y CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 42501 (pensión de sobrevivientes), cambió su criterio para señalar que el requisito de fidelidad incorporado en las reformas pensionales (L. 797 y L. 860 de 2003) del sistema general de pensiones, impuso una evidente condición regresiva en relación con lo establecido originalmente en la L. 100/1993, motivo por el cual, los juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicar esa exigencia, por resultar abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la Carta Política, especialmente con el principio de progresividad y no regresividad.

Tal decisión, no debe ser vista como una aplicación retroactiva de la sentencia C-556/2009, sino, más bien, como un ejercicio de inaplicación de un precepto que desde su expedición fue manifiestamente contrario a los mandatos de la Carta Política.

A este respecto, en la última de las sentencias citadas, la Sala explicó:

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

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

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

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

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

Si bien el principio de progresividad no es un principio absoluto, cuando se restrinja el campo de aplicación de un derecho de esta índole, se impone al Estado una carga argumentativa que no se dio con suficiente solidez en el caso del requisito de fidelidad impuesto por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

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

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

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

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

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

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

Es que si el sistema pensional de reparto simple o de prima media en Colombia contiene un nuevo principio, diferente del que rige en el derecho laboral, a pesar de describirse en términos similares, conforme al cual, cuando el esfuerzo económico de un afiliado ha alcanzado el mínimo de contribuciones que la ley vigente señala como necesarios para que se le reconozca una determinada pensión, un cambio legislativo no puede aniquilar la eficacia de tales cotizaciones so pretexto de que falta por cumplirse la condición señalada en la ley para hacerlo exigible. Este hecho futuro del cual pende la efectividad del derecho pensional, como, por ejemplo, la estructuración de una incapacidad suficiente para que al afiliado se le declare inválido, o por morir antes de cumplir la edad señalada para su jubilación, no ha de frustrarse por la modificación de la ley bajo la cual cumplió con “la mutua ayuda entre las [...] generaciones” (artículo 2º-b, Ley 100 de 1993), soporte del sistema de fondo común, administrado por el Estado, conforme al cual, una generación económicamente activa sufraga las pensiones de la otra que, simultáneamente, entra en su etapa pasiva laboral.

Los aludidos preceptos deontológicos surgen de las disposiciones del orden jurídico vigente, tanto de rango legal como suprallegal, en la específica materia de la seguridad social. En efecto, la Constitución consagra el derecho fundamental de la seguridad social en su artículo 48; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 establece en su artículo 22 que toda “persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”.

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

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

Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación> (resalta y subraya la Sala)”.

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

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

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

El reconocimiento de aquellos no se opone al mandato constitucional del imperio de la ley, entendida ésta lato sensu. Del mismo modo, corresponde reconocer que no pueden erigirse en una regla absoluta, porque en un Estado Constitucional no hay lugar a mandatos de ese género, máxime cuando su desarrollo no se opone a la posibilidad de que una situación social sobreviniente conlleve, para conservar una prestación en términos reales, es decir efectivamente adjudicable, que se modifiquen los requisitos para su reconocimiento, haciéndolos más rigurosos. Pero la situación de quien ya cumplió la prestación económica, derivada del “contrato intergeneracional”, o de “ayuda mutua” amerita un reconocimiento por haber hecho el esfuerzo que en su momento se le exigió, todo al aplicar la función interpretativa e integradora de los principios.

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

En cuanto hace a la presunta transgresión del par. del art. 20 de la L. 393/1997, importa precisar que esta disposición adquiere vigor en el trámite de las acciones de cumplimiento. Adicionalmente, su interpretación no tiene el sentido que le asigna el recurrente, pues lo que ella prohíbe es que la administración justifique su incumplimiento argumentando la inconstitucionalidad de preceptos que han sido objeto de análisis de exequibilidad por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, supuesto disímil al de acá, donde nos encontramos frente a una norma abiertamente contraria a la Carta Política, cuya no aplicación resulta válidamente justificada.

El cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Por la vía indirecta le imputa a la sentencia impugnada la violación de la ley sustancial por aplicación indebida de los arts. 13, literal a) y c), y 12, numeral 2º, de la L. 797/2003, y la falta de aplicación de los arts. 27, 28 y 31 del C.C., 24 de la L. 712/2001, 23 y 26 de la L. 794/2003, 174, 177, 251, 269 y 275 del C.P.C., 60 y 61 del C.P.T. y S.S., 29 y 230 de la C.P.

Le endilga al juez de alzada la comisión de los siguientes yerros fácticos:

1- Dar por demostrado, sin estarlo, que al proceso se adjuntaron las pruebas conducentes a acreditar que el señor

Johan Herrera Restrepo contaba con el número de semanas exigido por la ley para que su compañera y su hija pudiesen beneficiarse con una pensión de sobrevivientes.

2- *No dar por demostrado, estándolo, que Porvenir siempre se opuso a tener como válida la información aportada por la señora Ceballos para comprobar la existencia de unos aportes hipotéticamente realizados por Johan Herrera Restrepo en el ISS.*

3- *Dar por demostrado, sin estarlo, que dentro del proceso se probó que la señora Ceballos convivía con su compañero Herrera Restrepo a la fecha del óbito de éste.*

4- *No dar por demostrado, estándolo, que la misma señora Ceballos confesó que su convivencia marital con Johan finalizó en el año 2005.*

5- *Dar por demostrado, sin estarlo, que Porvenir podía ser condenada a erogar la prestación solicitada.*

Explica que los errores de hecho anotados fueron producto de la errada apreciación de la demanda inicial y su contestación, el memorial a través del cual se sustentó el recurso de apelación, el interrogatorio de parte absuelto por Natalia Marcela Ceballos y los testimonios de Orlando de Jesús Herrera, Martha Nelly Restrepo Herrera, María Gilma Ceballos Mesa y Mónica María Parra Ceballos. Agrega que también fueron consecuencia de la falta de valoración de la historia de aportes en Porvenir y del historial de aportes en el I.S.S.

En sustento de su acusación arguye, en resumen, que desde la contestación de la demanda inicial, Porvenir se opuso a que el recuento de aportes al I.S.S. fuere tenido en cuenta, pues *«es incontrovertible que aparte de que ese documento se advierte que es un “Informativo: no válido para prestaciones económicas”, él no se encuentra firmado por persona alguna, ni la señora Ceballos estuvo pendiente de que se oficiara al ISS para que*

éste hiciere llegar al proceso otro documento que lo refrendara, ni existe certeza sobre quién lo elaboró, de manera que a cambio de haber tenido en mente para condenar a Porvenir ha debido soslayarse para concluir absolviendo a la Administradora de todo lo pedido contra ella». En apoyo de sus aseveraciones, trae a colación unos pasajes de la sentencia CSJ SL, 2 jun. 2009, rad. 36191.

Asegura que por lo anterior, la demandante no acató su deber de allegar las pruebas que probaran la densidad de semanas exigida en la ley, lo cual, debe conducir a su absolución.

De otra parte, manifiesta que en este asunto no existió el requisito de la convivencia de la pareja a la fecha del deceso del causante, pues en la demanda inicial la actora confesó que *«convivió con el señor Johan Herrera Restrepo desde 2000 hasta el 2005»*; es decir, que su vida marital se extinguió con anticipación a la fecha del deceso de su compañero. En esa dirección, precisa que nadie mejor que la demandante podía dar fe de las circunstancias relacionadas con la convivencia. Añade que las respuestas *«ambiguas»* dadas por la accionante al absolver el interrogatorio de parte, no desvirtúan esa confesión, *«pues nadie puede crear sus propias comprobaciones para favorecerse procesalmente con ellas»*.

Finalmente, tras afirmar haber demostrado los errores de hecho con las pruebas calificadas, refiere frente a los testimonios, lo siguiente:

[...] es innegable que como la propia Natalia Marcela Ceballos reconoció explícitamente que no convivía con el difunto al

momento de su óbito, es ostensible que las versiones rendidas por Orlando de Jesús Herrera (fs. 74 a 76, c. 1), Martha Nelly Restrepo de Herrera (fs. 76 a 78, c. 1), María Gilma Ceballos Mesa (fs. 78 a 80, c. 1) y Mónica María Parra Ceballos (fs. 80 y 81, c. 1) no cuentan con la envidia para derribar dicha confesión y menos todavía si se considera que todos los testigos suministraron datos distintos acerca de la duración de la vida en común de la pareja y que todos ellos, directa o indirectamente, podrían favorecerse con la concesión de la pensión pedida, lo que fue puesto de presente por Porvenir en forma oportuna dentro del proceso y lo que le sirvió de base para formular las tachas pertinentes.

En consecuencia, es irrefragable que cuando el Tribunal le dio prelación a los recuentos testimoniales sobre la confesión de la señora Ceballos indudablemente incurrió en una equivocada interpretación de las pruebas anexadas al juicio.

X. RÉPLICA

Asegura que no allegar al proceso las pruebas orientadas a determinar ciertos hechos, es una cuestión jurídica que supone la confrontación del principio de la carga de la prueba, consagrado en el art. 177 del C.P.C., y que, por ello, debe ser atacado por la vía directa. En sustento de lo anterior, acude a la sentencia CSJ SL, 5 ago. 2004, rad. 22384, para señalar que la aducción, aporte y decreto de las pruebas, es una tema debatible por la senda de puro derecho.

Argumenta, igualmente, que el tema de las certificaciones del I.S.S. no fue estudiado por el Tribunal, lo que significa que no pudo cometer los yerros fácticos en la apreciación de esa prueba, «*dado que ni siquiera abordó este tema al decidir los cuestionamientos que planteara la alzada*». Advierte que, con todo, el juez *ad quem* no se equivocó en la valoración del interrogatorio de parte al establecer la

convivencia entre la pareja, y que los testimonios no son prueba calificada en casación.

XI. CONSIDERACIONES

No le asiste razón al opositor en la glosa formal que le atribuye a la demanda de casación, pues el tema de la eficacia de la prueba también es posible esgrimirlo por la vía indirecta, cuando quiera que, para demostrar la violación medio, la Corte deba examinar el contenido de los elementos de convicción cuya autenticidad es cuestionada. Sobre el punto, en sentencia CSJ SL, 2 ago. 2011, rad. 39343, la Sala explicó que es admisible una acusación por la vía indirecta *«cuando la validez, producción o eficacia de un determinado medio probatorio exige la confrontación de alguna pieza procesal o de una prueba»*.

En este caso, es claro que para dar cuenta de la violación de las normas procesales relativas a la autenticidad documental, es de suma importancia la revisión de la prueba en cuestión, para constatar si ofrece o debía ofrecer seguridad al juzgador en torno a quién es su autor genuino.

De otra parte, en lo que hace a la observación según la cual el Tribunal no se pronunció sobre el valor probatorio del reporte de semanas presuntamente expedido por I.S.S., cabe resaltar que tal conducta no debe ser entendida como una omisión procesal, por la simple razón que, al confirmar la decisión del *a quo*, que condenó al pago de la pensión, se

entiende que el Tribunal estuvo de acuerdo con la validez y eficacia de la historia laboral para demostrar las semanas exigidas. Por esta misma razón, ni siquiera era procedente la adición o complementación del fallo, puesto que a la resolución judicial no había nada que agregar, además que dicho remedio procesal no puede servir de venero al juez para modificar lo ya decidido, en virtud del principio de inmutabilidad de la sentencia.

Superadas estas objeciones técnicas, advierte la Sala que los cuestionamientos fácticos que le concierne resolver, pueden reconducirse a dos problemas: **(1º)** ¿el reporte de semanas cotizadas de folio 8 es válido?; **(2º)** ¿existió convivencia real y efectiva de la pareja al momento del fallecimiento del afiliado?

Para resolver el primero, es preciso advertir que el documento de folio 8 que contiene el reporte de semanas presuntamente realizadas al Instituto de Seguros Sociales, no se encuentra manuscrito o firmado por un funcionario de esa entidad. Tampoco exhibe elementos o signos de individualización suficientemente confiables y certeros que permitan aseverar, sin lugar a equívocos, que fue elaborado o emitido por el I.S.S., por lo que es dable concluir que no podía ser objeto de valoración intrínseca por parte del juez *ad quem*.

En reciente providencia CSJ SL6557-2016, esta Sala de la Corte explicó que si bien existen «*diferentes medios que lleven al Juez a tener certeza sobre la persona que elaboró, creo o*

autorizó un documento, cuando dichos medios son inexistentes, la firma se convierte en un elemento importante para identificar su autor, máxime en tratándose de la historia laboral, a partir de la cual se otorgará o negará el derecho prestacional reclamado, razón por la cual, antes de darle valor a su contenido debe establecerse si es auténtica». Estas reflexiones encajan en este asunto, pues además de que el reporte no se encuentra suscrito o firmado, no existen otros medios, signos de individualización o elementos que ofrezcan condiciones de seguridad respecto a la persona que lo elaboró o expidió.

Aunque en la precitada sentencia y la identificada con el número CSJ SL14236-2015, esta Sala señaló, a fin de cuentas, que la conducta del demandado juega un rol importante a la hora de establecer la autenticidad de un documento, cuando, por ejemplo, en el trámite de un proceso reconoce expresa o implícitamente su contenido, o lo utiliza para construir su discurso de defensa (comunidad de prueba), esta no es la situación acá, toda vez que la entidad, desde la contestación a la demanda, asumió un comportamiento de persistente objetora frente a la autenticidad de la historia laboral del I.S.S.

De otra parte, si bien podría argüirse que la entidad accionada, en su condición de administradora de fondos de pensiones, se encontraba en una mejor posición probatoria, en la medida que tiene acceso al Archivo Laboral Masivo de historias laborales, que de acuerdo con el art. 47 del D. 1748/1995, debe preparar y entregar el I.S.S. a la Oficina de Bonos Pensionales, y que, con arreglo al art. 5º del D.

3798/2003, es *«válida para la emisión de bonos pensionales»*, lo que, en principio, haría infundado su reparo al fallo, lo cierto es que en este asunto la información de las semanas cotizadas por el actor no han sido cargadas en el interactivo de la OBP.

En efecto, los documentos de folios 59 y 61 a 63, que contienen las respuestas que Porvenir le ha dado a las distintas solicitudes de la demandante, informan que las semanas cotizadas no fueron *«cargadas, reportadas y certificadas de forma oficial en el interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público»*, motivo por el cual, la administradora elevó *«derecho de petición ante el Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que acrediten las semanas reportadas»*.

En las condiciones descritas, las objeciones del demandado son valederas, teniendo en cuenta que en la práctica se encontraba en una seria dificultad de aportar la prueba de la historia laboral del demandante, que bajo otras circunstancias y en cumplimiento de su deber de colaborar con la administración de justicia en el esclarecimiento de la verdad real, habría tenido que allegar al juicio.

Colofón de esto y sin que sean necesarias razones adicionales, el error de facto endilgado al Tribunal de *«tener como válida la información aportada por la señora Ceballos para comprobar la existencia de unos aportes hipotéticamente realizados por Johan Herrera Restrepo en el ISS»*, es fundado.

En lo que tiene que ver con el segundo problema jurídico a dilucidar, recuerda la Sala que el error de hecho en casación debe tener la connotación de «*manifiesto*». Esta simple pero trascendental consideración, conduce a descartar el yerro fáctico atribuido por el casacionista, pues si bien en la demanda inicial la actora confesó que «*convivió con el señor Johan Herrera Restrepo desde 2000 hasta el 2005*», lo cierto es que dicha aseveración resultó desvirtuada por la misma actora al rendir el interrogatorio de parte, cuando entre otras, expresó que para la fecha del deceso del causante, vivía con él en la casa de sus padres y se encontraban en unión libre; igualmente, con lo relatado por los testigos.

La pregunta de qué tiene más peso, si la confesión plasmada en la demanda o lo asegurado por la actora en el interrogatorio de parte y las declaraciones testimoniales, es una cuestión que le corresponde sopesar y ponderar a los jueces de instancia, quienes de acuerdo con el art. 61 del C.P.T. y S.S., gozan de la facultad de apreciar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en los medios probatorios que más los induzcan a hallar la verdad.

En ese sentido, y a menos que sus apreciaciones se alejen de la lógica de lo razonable y aceptable o atenten marcadamente contra la evidencia, el tribunal de casación no puede invadir y contraponer su propio criterio valorativo al de los juzgadores de las instancias, ya que, de hacerlo, se viola su ámbito de libertad de apreciación probatoria.

Debido a lo anterior, los yerros fácticos relacionados con la falta de convivencia de la demandante con el causante, son, sin más, infundados.

Sin costas en el recurso, dado que la demanda de casación prosperó parcialmente.

XII. SEDE DE INSTANCIA

En casación quedó establecido que el Tribunal no se equivocó al inaplicar el requisito de fidelidad al sistema y al dar por probado el requisito de la convivencia entre la demandante y el causante; sin embargo, si erró al dar por descontado que la historia laboral del I.S.S. gozaba de valor y eficacia probatoria para acreditar la densidad mínima de semanas.

Para la Sala es claro que este último error de facto, no puede conducir a la absolución del demandado, como lo propone la administradora de pensiones, ni mucho menos a emitir decisiones inhibitorias. El modelo procesal acogido por la legislación colombiana, que combina los sistemas de actividad probatoria de corte dispositivo e inquisitivo, le otorga al juez el poder de decretar pruebas de oficio para *«verificar los hechos alegados por las partes»* (num. 4º art. 37 C.P.C.), constatar *«los hechos relacionados con las alegaciones de las partes»* (art. 179 C.P.C.) y, específicamente en el proceso laboral, de ordenar *«la práctica de todas aquellas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos*

controvertidos» (art. 54 del C.P.T. y S.S.) y solicitar «las demás pruebas que considere [el tribunal] necesarias para resolver la apelación o la consulta» (art. 83 del C.P.T. y S.S.).

En el Estado constitucional y democrático de Derecho, donde imperan razones de justicia material (art. 2º y 228 C.P.), las anteriores disposiciones, propias del sistema de actividad probatoria inquisitivo, cobran un especial sentido, pues le imponen al juez el deber de tener iniciativa en la averiguación de la verdad real, para lo cual debe procurar, de oficio, acopiar los elementos de juicio idóneos que le permitan eliminar las dudas fundadas que tenga en torno a los supuestos fácticos del proceso, esclarecer espacios oscuros del pleito y constatar la veracidad de los hechos sometidos a su consideración.

Desde luego, dicha actividad oficiosa no puede ejercerse arbitraria ni ilimitadamente, al punto de vaciar de contenido el deber de las partes de aportar los elementos de prueba enderezados a acreditar los supuestos de hecho de las normas que invocan; sino que, por el contrario, su despliegue debe tener un sentido interactivo o complementario, y respetar los supuestos fácticos fijados por los sujetos procesales, que son los que marcan los límites dentro los cuales el juez debe desarrollar su actividad de búsqueda de la verdad real, necesaria para la adopción de decisiones materialmente justas.

En vista de este deber del juez poner a interactuar los sistemas dispositivos e inquisitivos, para hallar certeza sobre los hechos alegados por las partes e impartir justicia sobre verdades reales y no aparentes o formales, esta Corporación, en sus especialidades civil y laboral, ha venido sosteniendo que el poder oficioso en pruebas, más que una facultad, es un auténtico deber del juez.

Por ejemplo, en sentencia CSJ SC9493-2014, la Sala Civil señaló que *«La atribución que la ley le otorga al juez para decretar pruebas de oficio por el interés público del proceso, no constituye una facultad sino un deber establecido para garantizar la búsqueda de la verdad»*. Con la misma orientación, la Sala Laboral en providencia CSJ SL, 15 abr. 2008, rad. 30434, reiterada en CSJ SL, 23 oct. 2012, rad.42740, resaltó que este deber cobra mayor relevancia en tratándose de prestaciones de las cuales depende el disfrute de derechos fundamentales, lo cual *«obliga al juez a actuar para superar las deficiencias probatorias o de gestión judicial, cuando se sospecha que de ellas pende, como en el sub lite, una irreparable decisión de privar de protección a quien realmente se le debía otorgar»*. Reflexión que a su vez fue reiterada en reciente sentencia CSJ SL5620-2016, donde se expresó:

Tratándose de pruebas oficiosas, tanto el Juez de primera como segunda instancia, deben procurar hacer uso de ellas cuando se busca amparar derechos fundamentales como lo sería una pensión que es objeto de litigio, y en tales circunstancias, se ha recalcado que los funcionarios judiciales deben emplear todos los medios que se encuentren a su alcance para su concreción, para que no se vulneren ni pongan en peligro los mismos como lo exige la Constitución Política, que protege el carácter fundamental de los derechos a la seguridad social y en especial de índole pensional.

Las anteriores consideraciones, aplicadas al *sub examine*, implican que la incertidumbre generada por la imposibilidad jurídica de apreciar la historia laboral del I.S.S. y la consecuente duda que ello suscita en cuanto al número real de semanas cotizadas por el causante, no puede conducir a emitir una sentencia absolutoria o inhibitoria, sino que debe ser esclarecida mediante el decreto oficioso de la citada prueba documental, máxime cuando de ella depende el derecho pensional reclamado, que constituye el objeto del proceso.

En consecuencia, se ordenará que por Secretaría se oficie al I.S.S, hoy Colpensiones, a fin de que en el término de diez (10) días contados a partir del recibo de la respectiva comunicación, remita la historia laboral correspondiente al señor Johan Darío Herrera Restrepo, quien en vida se identificó con la C.C. No. 77.188.591. Historia laboral que la Secretaría pondrá a disposición de las partes por el término de tres días a partir de la fecha de su recibo. Cumplido ello, pasará el expediente al Despacho para fallo.

Las costas de las instancias se definirán cuando se dicte la respectiva sentencia de fondo.

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 23 de febrero de 2011 por la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral que **NATALIA MARCELA CEBALLOS** en nombre propio y en representación de su hija **GERALDINE HERRERA CEBALLOS** adelanta contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en cuanto le dio validez al reporte de semanas cotizadas de folio 8.

Sin costas en casación.

En sede de instancia, se ordena que por Secretaría, se oficie al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a fin de que en el término de diez (10) días contados a partir del recibo de la respectiva comunicación, remita la historia laboral correspondiente al señor Johan Darío Herrera Restrepo, quien en vida se identificó con la C.C. No. 77.188.591.

Una vez se obtenga la documental requerida, la Secretaría de la Sala la pondrá a disposición de las partes por el término de 3 días, contados a partir de su recibido conforme a la parte motiva de esta providencia.

Cumplido lo anterior, vuelva el expediente al Despacho para tomar la decisión que en derecho corresponda.

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Presidente de Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS