



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación No. 44165

Acta No. 02

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ**
Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., el 30 de septiembre de 2009, en el proceso ordinario laboral promovido por **CARMEN ROSA CASTILLO CASTRO** en su propio nombre y en el de sus menores hijas **DIANA PAOLA Y MARÍA CRISTINA GÓMEZ CASTILLO** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y **ROBERTO VERGARA TAMARA**.



ANTECEDENTES

CARMEN ROSA CASTILLO CASTRO en su propio nombre y en el de sus menores hijas DIANA PAOLA Y MARÍA CRISTINA GÓMEZ CASTILLO demandó al ISS y a ROBERTO VERGARA TAMARA, con el fin de que fueran condenados de manera principal el ISS y subsidiariamente ROBERTO VERGARA TAMARA a reconocerles y pagarles la pensión de sobrevivientes a partir del 22 de junio de 2001, fecha del fallecimiento del causante y, como consecuencia de lo anterior, a pagarles las siguientes sumas de dinero: el valor de las mesadas pensionales comprendidas entre el 22 de junio de 2001, fecha del fallecimiento del señor GÓMEZ SUÁREZ y hasta la fecha en que se produzca el pago total de la obligación, los reajustes de ley aplicados a la mesada pensional a enero de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y los que se causen con fecha posterior a la presentación de la demanda, el valor de las mesadas adicionales de junio y diciembre de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y las que



se causen con fecha posterior a la presentación de la demanda, el valor de los intereses moratorios sobre el valor de las mesadas ordinarias y adicionales de junio y de diciembre de acuerdo con lo establecido por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación o corrección monetaria aplicada a los valores debidos hasta la fecha de pago, se condene a la *"afiliación al Sistema General de Seguridad Social en salud de la demandante y de sus menores hijas en calidad de pensionadas"* (folio 4), lo ultra y extra petita, las costas y gastos del proceso.

Fundamentó sus peticiones, esencialmente, en que el causante SAMUEL GÓMEZ SUÁREZ prestó sus servicios a ROBERTO VERGARA TAMARA, en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 6 de octubre de 1983 hasta el 22 de junio de 2001, fecha en la cual falleció; el causante estuvo afiliado al ISS, para el riesgo de invalidez, vejez y muerte desde el 6 de octubre de 1983 por cuenta del empleador Roberto Vergara Tamara; el asegurado al momento de su fallecimiento había cotizado más de 800 semanas para pensión al ISS; al 31 de



diciembre de 1994, tenía cotizadas 586.4286 semanas; el señor SAMUEL GÓMEZ SUÁREZ y la demandante hicieron vida marital como compañeros permanentes desde el año 1986 hasta la fecha de su fallecimiento; la demandante dependía económicamente de su compañero permanente Samuel Gómez Suárez; *“fruto de la unión marital de SAMUEL GOMEZ SUAREZ Y CARMEN ROSA CASTILLO CASTRO nacieron DIANA PAOLA Y MARIA CRISTINA GOMEZ CASTILLO el día 23 de septiembre de 1989 y el 12 de julio de 1992 respectivamente.”*

Agregó, que solicitó al ISS la pensión de sobrevivientes; mediante la Resolución 006289 de 2004, el instituto le negó a la parte actora la pensión de sobrevivientes, al considerar *“Que cumplidos los trámites reglamentarios se estableció que el asegurado al momento de su fallecimiento no estaba cotizando al sistema, y acredita aportes durante 99 semanas de las cuales 0 fueron cotizadas en su último año de vida.”*; interpuso acción de tutela con el fin de que el ISS se pronunciara respecto del derecho petición elevado ante dicha entidad el 18 de octubre de 2005, donde solicitaba la pensión de sobrevivientes; en cumplimiento a la acción de tutela, el ISS mediante Resolución 041660 del 11 de octubre de 2006, manifiesta que:



“... el Empleador ROBERTO VERGARA TAMARA había cancelado los periodos de abril, mayo, julio, septiembre, octubre de 1995; mayo, junio, julio, septiembre, octubre de 1996; Febrero, Marzo, Abril de 1997; Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Diciembre de 1998; Enero a Diciembre de 1999; Enero a Diciembre de 2000; Enero a Junio de 2001 con posterioridad al fallecimiento del asegurado, razón por la cual confirma la Resolución 006289 del 26 de marzo de 2004...” (Folios 78 a 79).

Expresó, que el 29 de abril de 2002, es decir con posterioridad al fallecimiento del causante, el empleador canceló las cotizaciones para el riesgo de pensión; el ISS en ningún momento inició las acciones legales o extralegales tendientes a obtener que el empleador ROBERTO VERGARA TAMARA, cancelara los aportes por sus trabajadores lesionando de esta forma los intereses del causante, su compañera permanente y sus menores hijas.

Al dar respuesta a la demanda (Folios 117 a 124), la cual fue subsanada, el Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó algunos, negó otros, y de los demás, dijo que no le constaban y no era tal. En su defensa propuso las excepciones de prescripción y caducidad,



compensación, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, *"NO CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL PAGO DEL I.P.C., IMDEMNIZACIÓN (sic) MORATORIA, NI DE INDEXACIÓN O REAJUSTE ALGUNO"*, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, ROBERTO VERGARA TAMARA, mediante apoderado judicial, al contestar la demanda (fls. 133 a 138), se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otro y de los demás, dijo que no le constaban. Propuso las excepciones de pago, *"COBRO DE LO NO DEBIDO- INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS"*, buena fe, prescripción, inexistencia de obligaciones subsidiarias y compensación.

El Juzgado Primero Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., mediante fallo del 27 de junio de 2008 (folios 361 a 379), condenó al demandado ROBERTO VERGARA TAMARA a reconocer y pagar *"la pensión de sobreviviente en forma vitalicia en un porcentaje del 50%, a la señora CARMEN ROSA CASTILLO CASTRO, en*



calidad de compañera permanente; y 50% como representante legal de DIANA PAOLA Y MARIA CRISTINA GOMEZ CASTILLO, desde el 12 de abril de 2004, en una cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, junto con las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, que se generaron con sus correspondientes ajustes anuales”; también lo condenó a afiliar a la actora en calidad de compañera permanente y a las menores DIANA PAOLA Y MARÍA CRISTINA GÓMEZ CASTILLO, al Sistema General de Salud; a pagarles los intereses moratorios a la tasa máxima, desde el 12 de abril de 2004, hasta que se produzca el pago; absolvió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de todas las pretensiones elevadas en su contra; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás propuestas; condenó en costas al demandado ROBERTO VERGARA TAMARA.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al conocer del proceso, por apelación interpuesta por la parte demandante y uno de los demandados, esto es, ROBERTO



VERGARA TAMARA, la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., mediante sentencia del 30 de septiembre de 2009, modificó la sentencia del a quo, para absolver al señor ROBERTO VERGARA TAMARA de todas las pretensiones incoadas en su contra, y en su lugar, condenó al Instituto de Seguros Sociales, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante, *"teniendo en cuenta para tal efecto los mismos parámetros que quedaron fijados por el a quo en el proveído acusado."* (folio 420); y, se abstuvo de imponer costas en la alzada.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal dijo que el causante, prestó sus servicios al demandado ROBERTO VERGARA TAMARA desde el 6 de octubre de 1983 al 22 de junio de 2001; a la fecha de su fallecimiento se encontraba afiliado al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el asegurado falleció el 22 de junio de 2001, conforme se desprende del registro civil de defunción; estaba plenamente acreditada la calidad que dijo ostentar la



demandante quien actuó también en representación de sus hijas menores; las que para los efectos de una eventual condena serían las beneficiarias de la pensión reclamada *"por tener todas ellas dicha calidad acreditada en el proceso del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (...)"* (Folio 415).

Sobre el recurso del demandante, expresó:

"Para resolver el reproche del recurrente que tiene que ver con la directa responsabilidad del I.S.S. sobre el reconocimiento y pago de la prestación económica reclamada, es necesario dejar sentado, que las normativas aplicables al caso de autos, son las vigentes para la época en que ocurrió el deceso del afiliado (22 de junio de 2001), esto es, las establecidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 que exigían para ese entonces un número total de 26 semanas cotizadas dentro del último año anterior al fallecimiento del afiliado". (Folio 415).

Seguidamente, transcribió el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual contempla los requisitos para que se reconozca y pague el derecho a la pensión de sobrevivientes, para luego señalar, que:

"Sobre el punto de inconformidad que tiene que ver (sic) el reconocimiento y pago de la prestación por parte del I.S.S. a las beneficiarias de la prestación, conforme lo contempla el



artículo 53 Supralegal de dar aplicación a la condición más beneficiosa, es pertinente anotar, que tal y como lo informó el memorialista en su escrito de impugnación, la historia laboral reportada por la entidad de seguridad social es clara al informar que, el señor SAMUEL GOMEZ SUAREZ (q.e.p.d.), entre el 6 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 1994, ya tenía cotizadas válidamente 586.4286 semanas, las cuales sin duda, fueron producto de los aportes realizados en ese entonces por parte de su empleador ROBERTO VERGARA TAMARA, el que si bien es cierto, omitió realizar el pago oportuno de algunas cotizaciones al sistema de seguridad social y en ese orden no aparecieron las últimas 26 semanas que exige la norma para efecto del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, dicha eventualidad no es óbice del reconocimiento que debe hacer la entidad de seguridad social a la cual se encontraba afiliado el causante, pues las razones esgrimidas en la defensa, que tienen que ver con la mora por parte del empleador en el pago de los aportes a favor del trabajador, no la exonera de su obligación legal del reconocimiento que debe hacer a las beneficiarias del derecho prestacional reclamado en esta demanda, pues rrevisadas (sic) las normas vigentes aplicables al sub judice, y la situación fáctica del caso, la Sala considera que en el presente asunto se dan los supuestos fácticos y jurídicos necesarios para que el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES otorgue la pensión de sobrevivientes en aplicación al principio constitucional de la condición más beneficiosa, ya que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el afiliado fallecido, tenía cumplido los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues si observamos el reporte de cotizaciones que aparecen visibles en las documentales que obran en folios 14-17, las mismas ascienden a un total de 586.4286 semanas entre el 6 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 1994.

En efecto, si el causante hizo aportes durante 586.4286 semanas, no es jurídicamente aceptable negar la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios por no haber cumplido con los requisitos que prevé la Ley 100 de 1993, cuando si reúne con las exigencias de que trata el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, concretamente sus artículos 6°, 25 y 27, esto es, 300 semanas en cualquier



tiempo anterior a su muerte o 150 semanas en los seis (6) años anteriores, cuyas normativas serían las aplicables al sub lite". (Folios 146 a 417)

A renglón seguido, aludió a las sentencias de esta Sala de la Corte del 30 de noviembre de 2000, radicación 15057, marzo 5 de 2001, radicación 15449, septiembre 15 de 2004, radicación 22176 y del 18 de febrero de 2005, radicación 22732, que abordan el tema de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, donde se ha dicho que:

"el crédito social reclamado no se puede negar a los derechohabientes de un afilado (sic) bajo el único pretexto de no cumplir con la densidad mínima de cotizaciones (26 semanas) en el año inmediatamente anterior al deceso, si durante la vinculación con la seguridad social satisfizo las exigencias del artículo 6° del acuerdo 049 de 1990". (Folio 417)

Posteriormente, se refirió a la sentencia de esta Sala de la Corte del 24 de julio de 2003, radicación 19917, en la cual se sostuvo lo siguiente:

"la Sala en múltiples oportunidades ha sostenido que con sujeción a los artículos 13 de la ley que entronizó el sistema de seguridad social integral y 53 de la Carta Política, no es



posible desconocer a una persona, así haya fallecido en vigencia de la nueva ley y no haya cotizado 26 semanas en el último año de su vida, las semanas previamente aportadas, si con ellas hubiera podido obtener una pensión de acuerdo con los reglamentos del I.S.S". (Folio 417).

El juez colegiado continuó su argumentación de la siguiente manera:

"Ahora bien, como el a quo dispuso en el fallo de primer grado que quien tenía la responsabilidad del pago de la pensión de sobreviviente reclamada en esta demanda era el empleador ROBERTO VERGARA TAMARA, por cuanto omitió efectuar el pago oportuno de las cotizaciones dentro de las últimas 26 semanas exigidas en la norma, es conveniente anotar, que si bien es cierto, no existe duda dentro del proceso que tal circunstancia si aconteció, toda vez que se verificaron cotizaciones hasta el 3 de diciembre de 1996 y otras con posterioridad al fallecimiento del afiliado (fis 214-217 y 289-291), también es sabido que la Ley 100 de 1993 facultó a las entidades de seguridad social para que ejercieran el cobro coactivo de las obligaciones de los empleadores incumplidos o morosos (...) en el pago de las cotizaciones, situación ésta que no se logra acreditar en el presente asunto".

Para explicar lo anterior, se trae a colación la sentencia Rad. 31325 del 31 de marzo de 2009, en la cual se reitera posiciones de la Máxima Corporación frente a asuntos similares en la que refiere:

"...Corresponde señalar que la mora en el pago de unos aportes, no libera a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES del pago de la prestación debida, esto es la de sobrevivientes, pues como lo dice el recurrente, el juzgador no tuvo en cuenta que la empresa había aportado unas semanas y que la mora de otras, "es inane para efectos de la



responsabilidad del fondo demandado en el pago de la pensión..." (Folios 417 a 418).

Asimismo, reprodujo pasajes de la sentencia de esta Sala del 22 de julio de 2008, radicación 34270, reiterada en la del 28 de octubre de la misma anualidad, para después concluir:

"en el presente asunto existe soporte normativo y jurisprudencial suficiente que permite dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, por lo que le asiste el derecho a la demandante de acceder a la pensión de sobrevivientes reclamada, tal como se dejó precisado en acápites que anteceden, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, derecho éste que sin duda deberá ser reconocido por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y no por el empleador incumplido en el pago de las cotizaciones, como equivocadamente lo dedujo el a quo. (...)" (Folio 419).

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Fue interpuesto por uno de los demandados, esto es, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.



ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, confirme la sentencia del a quo.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados, los cuales se estudiarán conjuntamente por estar orientados por la misma vía, compartir una argumentación común y, perseguir idéntico fin.

PRIMER CARGO

Lo plantea así:

"La sentencia violó la ley sustancial porque aplicó indebidamente el artículo 25 del Acuerdo 49 de 1990, acuerdo aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990,



e infringió directamente el artículo 8° del Decreto 1824 de 1965, el artículo 13 del Decreto 2665 de 1988, los artículos 13, 17, 22, 31 y 46 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 18 del Decreto 1818 de 1996.” (Folio 21).

En la argumentación sostiene el censor que el ad quem dio por probado el hecho de haberse omitido por el empleador Roberto Vergara Tamara el pago oportuno de las cotizaciones durante las últimas 26 semanas exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 como requisito para que los miembros del grupo familiar del afiliado que muere obtengan el derecho a la pensión de sobrevivientes.

De otro lado, la censura señala que:

“Como es un hecho plenamente probado en el proceso que Samuel Gómez Suárez murió el 22 de junio de 2001 -hecho que aquí no se discute-, o sea, hallándose vigente la Ley 100 de 1993, que paladinamente estatuye en el artículo 46 como requisito para obtener la pensión de sobrevivientes que si el afiliado se encuentra cotizando al sistema debe haber cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte o que si ha dejado de cotizar al sistema “hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”; e igualmente quedó probado que Roberto Vergara Támara, quien era el empleador del fallecido, omitió pagar las cotizaciones durante las 26 semanas que exige



dicha norma -hecho que tampoco se controvierte, no sería más lo que tendría que alegar para demostrar la aplicación indebida de la norma del reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte y la infracción directa de la ley (...)" (Folio 22).

Seguidamente, asegura que esta Sala ha sostenido que las leyes de seguridad social tienen un efecto general inmediato; en tal virtud deben aplicarse a las situaciones vigentes o en curso en el momento en que ellas empiezan a regir, adicionalmente expresa lo siguiente:

"(...) la Sala de Casación Laboral ha calificado de improcedente el que se le hubiera dado aplicación a la denominada "condición más beneficiosa" para hacer prevalecer la ley anterior sobre la ley en vigor; así que, mutatis mutandis, la jurisprudencia conforme a la cual las leyes sobre seguridad social son de orden público y tienen efecto general inmediato expresada con reiteración en esos fallos es totalmente aplicable a los únicos hechos relevantes debidamente probados en este juicio: que la muerte de Samuel Gómez Suárez ocurrió 22 de junio de 2001 y que Roberto Vergara Támara, quien era su empleador, "omitió efectuar el pago de las cotizaciones durante las últimas 26 semanas en la norma" (...)

Si las disposiciones legales que regulan la seguridad social son de orden público y si, por tal razón, dichas normas producen efecto general inmediato (debiéndose aplicar a todas las situaciones que no hayan quedado definidas o consumadas conforme a leyes anteriores), violó la ley la decisión judicial adoptada en la sentencia impugnada en casación, pues, además de haber infringido directamente el



artículo 46 de la Ley 100 de 1993, al no haberle hecho producir efectos debiendo hacerlo, aplicó indebidamente al caso el artículo 25 del Acuerdo 49 de 1990, arguyendo lo que denominó “principio de la condición más beneficiosa”, en vez de haberse sometido al imperio de lo ordenado en la Ley 100 de 1993 respecto de la pensión de sobrevivientes en cuanto a los requisitos que deben ser satisfechos para que los miembros del grupo familiar del afiliado que fallece -estando cotizando al sistema o habiendo dejado de cotizar para el mismo- tengan derecho a dicha prestación. (...). (Folios 22 a 23).

Sobre la infracción directa de los artículos 13, 17, 22 y 31 de la Ley 100 de 1993, indica:

“se produjo por no haberle hecho producir efectos a estas normas que de manera absolutamente clara, y sin que exista la menor oscuridad o ambigüedad en su tenor literal, estatuyen, en su orden, que la obligación de efectuar los aportes establecidos en dicha ley es una de las características del sistema general de pensiones; la obligatoriedad de las cotizaciones “por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquellos devenguen”; la responsabilidad que tiene el empleador de pagar tanto su aporte como el de los trabajadores a su servicio, debiendo responder “por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador” y la aplicabilidad al régimen de prima media con prestación definida de “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”. (Folio 24).



En lo que tiene que ver con el artículo 8° del Decreto 1824 de 1965, el artículo 13 del Decreto 2665 de 1988 y el artículo 18 del Decreto 1818 de 1996, dice:

“fueron infringidos directamente porque al proferir la sentencia el tribunal no les hizo producir efectos en el caso al dejar de aplicarlos, a pesar de que ellos preceptúan que “cuando la mora en el pago de los aportes sea causa para no conceder al asegurado las prestaciones [éstas] serán de cargo del patrono, mientras subsista el estado de mora”; que el Instituto de Seguros Sociales no está obligado a otorgar las prestaciones económico-asistenciales propias de los seguros de enfermedad general, maternidad, servicio médico familiar, invalidez, vejez y muerte, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cuando el empleador se encuentra en mora y que a él corresponde “su reconocimiento en la forma y cuantía en que el ISS las hubiere otorgado si no hubiere existido la mora”, y que las consecuencias derivadas de no presentar la autoliquidación de aportes o de no efectuar el pago de las cotizaciones “que afecten el cubrimiento del sistema de seguridad social integral o la prestación de los servicios a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad del empleador”. (Folio 24).

SEGUNDO CARGO

Acusa también por aplicación indebida el artículo 25 del Acuerdo 49 de 1990, así como las demás disposiciones enlistadas en el primer cargo, pero en la modalidad de interpretación errónea.



La argumentación es similar a la indicada en la primera acusación, adecuada a la modalidad de interpretación errónea.

TERCER CARGO

Lo formula de la siguiente manera:

“La sentencia violó la ley sustancial porque interpretó erróneamente el artículo 48 de la Constitución Política y aplicó indebidamente el artículo 45 de ella.

También violó la ley la sentencia porque aplicó indebidamente el artículo 25 del Acuerdo 49 de 1990, acuerdo aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990, interpretó erróneamente los artículos 17, 20, 22, 23 y 33 de la Ley 100 de 1993 e infringió directamente el artículo 46 de dicha ley.”

En el desarrollo del cargo, el recurrente arguye que cuando la controversia se refiere al sistema de seguridad social integral, los principios que deben animar la interpretación son los propios de la Seguridad Social; principios que de conformidad con el texto



original del artículo 48 de la Constitución Política son la eficiencia, la universalidad y la solidaridad, y a los cuales se agregó *“la sostenibilidad financiera del sistema pensional”* mediante el Acto Legislativo 1 de 2005; la Ley 100 de 1993 estableció los *“términos”* como deben obligatoriamente entenderse esos tres principios y, además, adicionó y definió los de *“integralidad, unidad y participación, son estos siete principios en total, cuatro de ellos directamente consagrados en la Constitución Política y los otros tres en la Ley 100 de 1993, los únicos criterios que deben inspirar a los jueces en los litigios en los cuales se debaten derechos propios de la seguridad social integral”*. (Folio 30).

Agrega, que según la doctrina constitucional sentada en el fallo C-168 del 20 de abril 1995, *“los derechos de los trabajadores que no pueden ser menoscabados por la ley no son otros distintos a los “derechos adquiridos” a que se refiere el artículo 58 de la Constitución Política”*. (Folio 31).

Del mismo modo, aduce que si se acata el pensamiento de la Corte Constitucional y la interpretación que del artículo 53 de la Constitución Política hizo en la antecitada sentencia, *“no queda otro*



camino que concluir que esa norma constitucional no consagra lo que ha dado en llamarse “principio de la condición más beneficiosa”. (Folio 31).

El recurrente continúa su argumentación de la siguiente manera:

“También el tribunal desconoció el criterio expresado por la Sala de Casación Laboral en sentencia de 14 de junio de 2006, puesto que la cuestión jurídica estudiada en ese fallo se refiere a la obligación del empleador de hacerse cargo de la pensión de sobrevivientes si ha pagado tardíamente las cotizaciones al fondo de pensiones, (...).

Aparece claro que el tribunal en su ilegal decisión también perdió de vista “que las entidades que cubren los riesgos de invalidez, vejez y muerte son administradores de unos dineros de quienes cotizan cumplidamente al sistema” y la consecuencia de haber perdido de vista el carácter de simples administradores de los dineros de quienes cotizan cumplidamente al sistema no es otra que “la disminución de sus rendimientos en perjuicio de quien paga cumplidamente y la inestabilidad económica del mecanismo”.

Como bien quedó explicado en la sentencia: “Ningún sistema que opere a base de la contribución de los afiliados puede constituirse y mantenerse cuando se adoptan decisiones judiciales que dejan sin sanción el incumplimiento en el pago de las cotizaciones”. Exactamente esto fue lo que aquí ocurrió: se dejó sin sanción “el incumplimiento en el pago de las cotizaciones”. (...)

La interpretación errónea de las normas se demuestra con la sola lectura de tales preceptos legales, pues los artículos 17, 20, 22 y 23 de la Ley 100 de 1993 claramente preceptúan la obligatoriedad de efectuar las cotizaciones obligatorias al sistema general de pensiones durante la vigencia de la relación laboral por parte de los afiliados y empleadores; que el empleador es responsable tanto del pago de su aporte como del aporte de los trabajadores a su servicio, por lo que debe descontar “del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las



voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado", debiendo trasladar dichas sumas "a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno" y que si no lo hace deberá entonces responder "por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador" y también de la "sanción moratoria" equivalente al interés por mora "que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios", intereses que tratándose del régimen solidario de prima media con prestación definida "se abonarán en el fondo de reparto correspondiente". (Folios 32 a 34).

LA OPOSICIÓN DE ROBERTO VERGARA TAMARA (UNO DE LOS DEMANDADOS).

Dice que los cargos pretenden desconocer e inaplicar el criterio jurisprudencial actualmente vigente sobre la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, así como *"el claro criterio definido por esta Corporación en tratándose de la responsabilidad que recae sobre las entidades administradoras del sistema general de pensiones, de realizar las labores tendientes al cobro de las acreencias derivadas del incumplimiento de los empleadores frente al pago de los aportes dirigidos a cubrir las contingencias derivadas de la invalidez, la vejez y la muerte de sus trabajadores (...)"* (Folio 44).



LA RÉPLICA DE CARMEN ROSA CASTILLO CASTRO (PARTE DEMANDANTE).

Expresa que esta Sala en reiteradas providencias ha precisado los requisitos en que debe fundirse la condición más beneficiosa, en soporte de lo cual cita la sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicación 28893, donde se expone en que eventos se debe reconocer la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; *“El tribunal acogió en debida forma lo dicho al interior de esta Sala de Casación, aceptando la condición más beneficiosa como un principio legal y constitucionalmente aceptable a asuntos de materia pensional, y que aplica para este caso de manera contundente, ya que se dan todas sus condiciones, protegiendo las prerrogativas del afiliado a una pensión de sobrevivientes, así no hubiera cotizado las 26 semanas en el año anterior a su fallecimiento”*. (Folio 53).

A su vez, aduce que la ley facultó a las entidades de seguridad social para que ejercieran el cobro coactivo de las obligaciones de los empleadores.



CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dada la vía directa seleccionada por el recurrente no hay discusión en torno a los siguientes fundamentos fácticos que encontró demostrados el Tribunal: que el causante prestó sus servicios al demandado ROBERTO VERGARA TAMARA desde el 6 de octubre de 1983 al 22 de junio de 2001, a la fecha de su fallecimiento se encontraba afiliado al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el asegurado falleció el 22 de junio de 2001, conforme se desprende del registro civil de defunción, estaba plenamente acreditada la calidad que dijo ostentar la demandante quien actuó también en representación de sus hijas menores.

La inconformidad del censor la hace consistir en que debía aplicarse la normatividad vigente al momento del fallecimiento del afiliado, 22 de junio de 2001, esto es, los artículos 13, 17, 22, 31 y



46 de la Ley 100 de 1993, no siendo procedente acudir al principio de la condición más beneficiosa.

Igualmente, el recurrente le cuestiona al Tribunal, que dando por probado que el empleador Roberto Vergara Tamara, omitió efectuar el pago oportuno de las cotizaciones del causante dentro de las últimas 26 semanas exigidas en la norma, hubiese condenado al ISS a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, sobre este último aspecto, esta Sala había venido sosteniendo inicialmente, que en caso de retardo del empleador en el pago de los aportes de sus trabajadores al régimen de seguridad social, era ese empleador moroso o incumplido quien debía asumir las prestaciones derivadas del Sistema y no las entidades que lo administran, no obstante tal criterio jurisprudencial fue rectificado por la mayoría de la Sala, desde la sentencia del 22 de julio de 2008, radicación 34270, reiterada, entre otras, en la del 10 de febrero de 2009, radicación 31307,



35985 del 29 de septiembre de 2009 y 33635 del 22 de junio de 2010, donde se acogió la tesis de que al examinar la mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por parte del empleador, se deben tener en cuenta no sólo las normas que hacen referencia a los deberes del empleador, en lo que respecta a los pagos oportunos de los aportes y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento, sino las que facultan e imponen a las administradoras, adelantar acciones de cobro, para el recaudo efectivo de los correspondientes aportes. Así se pronunció esta Sala en la sentencia del 22 de julio de 2008, radicación 34270:

“Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.

El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la



contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.”

Bajo esta nueva óptica no aparece equivocada la hermenéutica del Ad quem, al señalar *“la Ley 100 de 1993 facultó a las entidades de seguridad social para que ejercieran el cobro coactivo de las obligaciones de los empleadores incumplidos o morosos (...) en el pago de las cotizaciones, situación ésta que no se logra acreditar en el presente asunto”*. (Folios 417 a 418).

Precisa la Sala, que el juez colegiado al establecer el incumplimiento en el pago de cotizaciones, verificó la actuación del ISS, y encontró que no se logró acreditar que hubiese ejercido el cobro coactivo de las obligaciones del empleador incumplido o moroso, en tal virtud, procedió a imponer el pago de la prestación al ISS.



En ese orden de ideas, al no observarse actuación alguna, por parte del ISS, que permitiera inferir que tomó las medidas adecuadas para lograr el recaudo de los aportes en mora; era dable colegir, que debía asumir las consecuencias de sus propias omisiones, en este caso el pago de la prestación reclamada.

Además, se encuentra establecido en el proceso que el afiliado fallecido al momento de la muerte ocurrida el 22 de junio de 2001, tenía vigente una relación laboral, pues no se discutió que en ese momento prestaba servicios al señor ROBERTO VERGARA TAMARA.

Ante la evidencia de que al fallecimiento existía un vínculo laboral vigente, el causante tenía entonces la condición de cotizante al sistema general de pensiones, independientemente de que su empleador se encontrara en mora en el pago de los aportes.

Al respecto, valga recordar la sentencia de esta Sala de la Corte del 3 de agosto de 2005, radicación 24250, según la cual "(...) sólo



puede estimarse que el afiliado a la seguridad social deja de ser cotizante en el evento de su desvinculación o retiro, pero no cuando aporta al sistema, pese a incurrir en retardo o mora (...)."

Así, en el caso del trabajador dependiente afiliado al Sistema, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio y por el tiempo en que esto ocurra, se causan cotizaciones, y se adquiere la categoría de cotizante, aunque se presente mora patronal en el pago de las mismas.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, en el caso bajo examen se cumple con los requisitos previstos en el literal a) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 antes de la reforma de la Ley 797 de 2003, pues el causante tenía más de 26 semanas cotizadas al momento de su fallecimiento, de conformidad con el reporte de cotizaciones emitido por el ISS, obrante a folios 15 a 16, 18 a 69, así los pagos no se hubiesen efectuado en tiempo, pero como se anotó, le correspondía al ISS adelantar las acciones



efectivas y oportunas para recaudar esos aportes, los que luego recibió del empleador, de donde, se reitera, que debe asumir la prestación reclamada.

De acuerdo con lo esbozado anteriormente, advierte la Sala que, en la situación examinada no era viable aplicar el principio de la condición más beneficiosa, por cuanto el causante reunía los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Cabe recordar, que esta Sala ha reiterado que un afiliado al Seguro Social que ha cotizado las semanas exigidas por los artículos 6, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es decir, 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del deceso o 300 en cualquier época, aunque fallezca en vigencia de la Ley 100 de 1993 y no reúna los requisitos exigidos por el artículo 46 consistente en las 26 semanas al momento de la muerte o en el último año, sus beneficiarios tienen derecho a que se les aplique el principio de la



condición más beneficiosa de que trata el artículo 53 de la Constitución Política.

De conformidad con los parámetros señalados anteriormente, en el sub lite, no es posible aplicar dicho principio, dado que el asegurado si cumplió con los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tal como se indicó precedentemente.

En tal virtud, encuentra la Sala, que el Tribunal se equivocó al determinar que era aplicable el principio de la condición más beneficiosa, por tanto, los cargos tendrían vocación de prosperar respecto a este puntual aspecto, sin embargo, no es posible quebrar la sentencia, pues en sede de instancia se llegaría a la misma conclusión, esto es, que la pensión de sobrevivientes estaría a cargo del ISS, pues como quedó antes analizado las cotizaciones en mora es dable tenerlas en cuenta para efectos de determinar que el ISS es quien tiene a cargo la obligación por no haber ejercido el respectivo cobro coactivo y con lo cual el fallecido tiene más de 26 semanas exigidas por la normatividad



que gobierna el caso que corresponde al original literal a) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte recurrente. Como agencias en derecho se fijará la suma de SÉIS MILLONES DE PESOS (\$6.000.000.00), MONEDA LEGAL.

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, **NO CASA** la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2009, por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., dentro del juicio ordinario laboral seguido por **CARMEN ROSA CASTILLO CASTRO** en su propio nombre y en el de sus menores hijas **DIANA PAOLA Y MARÍA CRISTINA**



Corte Suprema de Justicia

Rad. No. 44165

Instituto de Seguros Sociales vs. Roberto Vergara Tamara y Carmen Rosa Castillo Castro

GÓMEZ CASTILLO contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y **ROBERTO VERGARA TAMARA**.

Costas en el recurso extraordinario conforme se indica en la parte motiva.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

CAMILO TARQUINO GALLEGO

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL



Se deja constancia que en la fecha se firmó el dicto

Bogotá, D.C. **17 FEB. 2012**

Secretario

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL



Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, quedó ejecutoriada la presente providencia. **24 FEB. 2012** Hora **5pm**

Secretario

fu