

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA TERCERA LABORAL
CARTAGENA – BOLÍVAR**

MAGISTRADA PONENTE: Dra. MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: ELITH ISABEL ZUÑIGA PEREZ

Demandado: COLPENSIONES

Fecha de Fallo Apelado: 14 de marzo de 2019

Procedencia: Juzgado 3º Laboral del Circuito de Cartagena.

Radicación: 13001-31-05-003-2018-00044-01

En Cartagena de Indias, a los dieciocho (18) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), siendo la oportunidad y fecha señalada por auto anterior para para proferir sentencia escrita dentro de este proceso Ordinario Laboral de **ELITH ISABEL ZUÑIGA PEREZ** contra **COLPENSIONES**, conforme a los lineamientos vertidos en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, en concordancia con en el Decreto Legislativo 428 de 2020 y los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020 respectivamente, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se reunió la Sala Tercera Laboral de este Distrito Judicial, integrada por los Magistrados: **LUIS JAVIER ÁVILA CABALLRO, CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS** y **MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO**, quien la preside como ponente, para proferir la siguiente:

S E N T E N C I A:

Encuéntrese el presente asunto para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena el día 14 de marzo de 2019, mediante la cual decidió condenar a Colpensiones a tener como cotizados unos periodos y absolvió de tener como válidos otros.

1. ANTECEDENTES:

1.1 LAS PRETENSIONES: Por intermedio de apoderado judicial, el demandante solicita que Colpensiones actualice y corrija su historia laboral las siguientes 19 inconsistencias:

TIPO DE COTIZANTE	NOMBRE O RAZÓN SOCIAL COTIZANTE	PERIODO COTIZACIÓN FALTANTE
DEPENDIENTE	FUNDACIÓN U. JORGE TADEO LOZANO	01-1995
DEPENDIENTE	FUNDACIÓN U. JORGE TADEO LOZANO	07-1995
DEPENDIENTE	FUNDACIÓN U. JORGE TADEO LOZANO	11-1995
DEPENDIENTE	UNIVERSIDAD SAN BUENAVENTURA	06-1999 A 09-1999
INDEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2003

INDEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2004
DEPENDIENTE	CORPORACIÓ UNIVERSIDAD LIBRE	04-2004 A 11-2004
DEPENDIENTE	UNIVERSIDAD SAN BUENAVENTURA	06-2004 A 07-2004
INDEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2004
INDEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2005
DEPENDIENTE	CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE	02-2005
DEPENDIENTE	CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE	09-2005
DEPENDIENTE	CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE	11-2005
INDEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2005
INDEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2006
DEPENDIENTE	CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE	02-2006 A 03-2006
INDEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2007
DEPENDIENTE	UNIVERSIAD DE CARTAGENA	04-2008 A 05-2008
DEPENDIENTE	UNIVERSIDAD DE CARTAGENA	05-2008 A 11-2008

1.2 HECHOS: Se informa que la demandante se encuentra a filiada como trabajadora independiente Colpensiones desde el 4 de marzo de 1991, pero también ha cotizado como dependiente en el ejercicio de su profesión universitaria con distintos centros educativos.

Sostiene que actualmente cuenta con 1.148 semanas, registrando inconsistencias en al menos 38 periodos de cotización, tanto dependiente como independiente, correspondiente a los señalados en el acápite de pretensiones.

Alega que presentó las planillas de los pagos de dichos periodos con la respectiva solicitud de corrección en varias oportunidades, la cual solo obtuvo respuesta hasta el día 31 de mayo de 2017 por parte del demandado informando que: *“verificado la base de pagos efectuados a pensión para periodos de cotización 1995/12 a 1996/02, 1998/11 a 2000/01, 2000/12, 2001/01, 2001/12, 2003/12, 2004/01, 2004/12, 2005/01, 2005/12, 2006/01, 2007/01, 2002/12 y 2003/01, se realizaron de manera extemporánea, razón por la cual no se contabilizan en el total de semanas cotizadas, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 35 del decreto 1406 de 1999 ”*

Invoca como fundamentos de derecho la aplicación del precedente emanado de la Corte Constitucional vertido en sentencias T – 377 de 2015, T-150 de 2017, T-200A de 2018 y T-501 de 2018 donde básicamente la Corte ha advertido que se viola derechos constitucionales fundamentales al no aceptar el pago retroactivo de periodos en mora como trabajador independiente.

1.3 CONTESTACIÓN DEMANDA: La demandada COLPENSIONES contesta la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, manifestando lo mismo que le informó al demandante en su respuesta administrativa: que los pagos referenciados en los hechos no se pueden tener como pagados, pues se hicieron de manera extemporánea, luego, al tenor del artículo 35 del decreto 1406 de 1999 que dispone que los pagos de los trabajadores independiente se deben realizar mes adelantado y que de no obrar así se entenderán aplicado al mes siguiente, deben aplicarse de esa manera, y si ya hay pagos en periodos posteriores, debe solicitar la devolución del dinero (folios 109 a 116). El juez tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 2 de noviembre de 2018 (folio 125).

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del día 19 de marzo de 2019 accedió parcialmente a las pretensiones al condenar a Colpensiones hiciera una corrección de los aportes respecto a los periodos cotizados como trabajador dependiente en los periodos agosto y septiembre de 1999 (obligación de reportar por 15 y 30 días respectivamente). Consideró que no era válido que, si el reporte que hace el empleador es por 30 días, se apliquen menos (15 y 0 respectivamente para el caso bajo estudio) alegando que se pagó de manera extemporánea.

Respecto a los pagos realizados como trabajador independiente que no se encuentran reflejados, el juez acogió el argumento de Colpensiones en concordancia con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ al considerar que esos pagos deben hacerse de manera adelantada, de suerte que, si no se hizo así en su oportunidad, deben aplicarse a periodos posteriores al pago, pero no aplicarse de manera retroactiva.

Aunque el juez reconoció el precedente vertido en sentencia T-200A emanado de la Corte Constitucional, advirtió que no era aplicable pues de lo acontecido y los hechos de dicha sentencia, la demandante debía acreditar que estaba obligada a cotizar, es decir, que tenía ingresos, pues ello no es el supuesto ni de las leyes ni de la sentencia.

1.5 LA PELACIÓN Y LA CONSULTA: El demandante se alza en apelación y su reclamo es el mismo que planteó desde su demanda: Colpensiones y los jueces deben aplicar el precedente de la Corte Constitucional, vertidos entre otros, en sus providencias T – 377 de 2015, T-150 de 2017, T-200A de 2018 y T-501 de 2018 donde básicamente la Corte ha advertido que se viola derechos constitucionales fundamentales al no aceptar el pago retroactivo de periodos en mora como trabajador independiente, al menos, en periodos cotizados con posterioridad al 29 de enero de 2003, fecha de entrada en vigor de la ley 797 de 2003, por lo que solicita a la Sala dicho precedente no sea ignorado, rechazando la interpretación que respecto al mismo hizo el fallador de instancia, quien adujo que de lo acontecido y los hechos de la sentencia T-200A la demandante debía acreditar que estaba obligada a cotizar, es decir, que tenía ingresos, pues ello no es el supuesto ni de las leyes ni de la sentencia. El proceso surte además en lo no apelado por Colpensiones, el grado de consulta, por tratarse de una sentencia adversa una entidad descentralizada, donde la nación es garante del pago de pensiones en concordancia con los lineamientos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, entre otras, en la Sentencia STL-7382 (40200), M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

1.6 DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Ejecutoriado el auto que admitió la apelación y/o consulta, el despacho procedió a correr traslado a las partes para alegar conforme a las directrices vertidas en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, traslado que fue descorrido por ambas partes, y cuyos alegatos han sido leídos por la

Sala, discutidos y tenidos en cuenta para proferir la decisión que se consigna en el presente proveído.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia del Juez y capacidad procesal están satisfechos, debido a ello la sentencia será de mérito.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Teniendo en cuenta los hechos planteados en la demanda, la sentencia de primera instancia y el recurso interpuesto, el estudio de la Sala deberá circunscribirse en determinar (i) si Colpensiones debe tener como cotizaciones retroactivas, periodos que se han cancelados de manera extemporánea como trabajador independiente, y (ii) si es legítimo que el fondo demandado aplique menos días de los efectivamente cotizados en atención a pagos tardíos. Para tales efectos, la Sala abordará la reglamentación del pago de aportes en pensión para trabajadores dependientes e independientes y la jurisprudencia de las altas cortes frente al tema.

2.3 FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES APLICABLES AL CASO CONCRETO:

- Ley 153 de 1887
- Ley 100 de 1993
- Ley 797 de 2003
- Decreto 692 de 1994
- Decreto 1406 de 1999
- Decreto 3085 de 2007
- Conceptos No. 2007048755-001 del 2 de mayo de 2008 y el 2012045385-002 del 12 de septiembre de 2013 de la Superintendencia Financiera
- Sentencia T-377 de 23 de junio 2015, Corte Constitucional, expediente No 4.808.412, dentro de la Acción de tutela presentada por la ciudadana Rosa Elena Orozco de Campillo, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS
- Sentencia T-150 de 7 de marzo 2017, Corte Constitucional, expediente No 5813477, dentro de la Acción de tutela presentada por el ciudadano Luis Alfredo Ovalle Pérez, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, Magistrado Ponente: MARIA VICTORIA CALLE CORREA.
- Sentencia T-200A de 25 de mayo 2018, Corte Constitucional, expediente No 6405933, dentro de la Acción de tutela presentada por la ciudadana Lucia Jaramillo Ayerbe, en contra de la Administradora

Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, Magistrado Ponente: ANOTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

- Sentencia T-501 de 19 de diciembre 2018, Corte Constitucional, expediente No 6855684, dentro de la Acción de tutela presentada por el ciudadano Alberto Campo Jácome, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
- Corte Constitucional, Sentencia C-259 de 2009.
- Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia T-110 de 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia T-832A de 2013.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 05 de diciembre de 2006, reiterada en, entre otras en las radicadas No. 35467 M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez, del 18 de agosto de 2010; la No. 42123 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, del 21 de agosto de 2013.

3. CUESTIÓN PREVIA Y HECHOS PROBADOS:

Previo al estudio de fondo de la sala del caso sometido a estudio, es relevante clarificar cuales son los periodos que reclama le sean imputados la demandante en su historia laboral. Lo anterior, por cuanto si bien al inicio de su demanda eran los descritos en su libelo referenciados en los preliminares del presente proveído, en el transcurso del proceso fueron incluidos unos y excluidos otros, por haberse actualizado la historia y aparecer imputados.

Así, al momento de resolver el recurso y la consulta, y conforme a lo expuesto por el juez, así como demandante en su alegato de instancia, su recurso y lo constatado en su historia laboral actualizada (folios 130 a 136), los periodos en disputa como trabajador independiente son los siguientes:

TIPO DE COTIZANTE	NOMBRE O RAZÓN SOCIAL COTIZANTE	PERIODO COTIZACIÓN FALTANTE
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-1995
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-1996
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	02-1996
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	11-1998
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-1998
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2000
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	11-2000
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2000
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2001
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2002
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2002
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2003
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2003
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2004
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	09-2004
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2004
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2005
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2005
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2006
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2007

Se trata entonces de los aportes hechos en calidad de trabajador independiente, y que el juez no los tuvo en cuenta como aportes efectivos que redunden en semanas cotizadas, al considerar que fueron hechos de manera extemporánea,

y cuya consecuencia no puede ser recuperar semanas de manera retroactivas por estar proscrito por la ley y la jurisprudencia laboral.

Resáltese además que el pago de los aportes no está en discusión, pues no solo viene probado y acreditado a folios 13 a 82 que se hicieron, sino que el demandado así lo aceptado, y viene en todo caso acreditado en la historia laboral.

Lo que se discute es el efecto que el pago debe tener en la historia laboral, pues para el demandado el mismo es el de tenerlos como acreditados en fecha posterior al pago en atención al artículo 35 del decreto 1406 de 1999 y para la demandante, como cotizaciones efectivas retroactivas conforme al precedente de la Corte Constitucional.

En tal sentido, la Sala iniciará el estudio del caso, partiendo de la reglamentación de los aportes en pensión que trajo la ley 100 de 1993 y las leyes modificatorias posteriores.

3.1 MARCO NORMATIVO DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES E INDEPENDIENTES:

La Corte Constitucional en sentencia T - T-377 de 2015 explicó así el marco normativo de trabajadores dependientes e independientes del sistema de seguridad social integra:

5.1.1. Marco Normativo Específico de los Trabajadores Dependientes

La Ley 100 de 1993 estableció en su artículo 22 que, en el caso de los trabajadores dependientes, es el empleador el encargado de realizar el pago relativo a los aportes al sistema de seguridad social de sus trabajadores. De igual manera dispuso que, ante el evento en el que el empleador omita su responsabilidad, dicha carga no será transferible al trabajador, quien por este hecho no sufrirá consecuencia jurídica alguna.

Asimismo, la normatividad vigente previó que se causaría un interés moratorio en cabeza del empleador, quien deberá pagar ya sea a motu proprio, o por medio del proceso de cobro coactivo que realice la entidad administradora de pensiones con base en las facultades que para el efecto le fueron otorgadas por la Ley 100 de 1993.

En conclusión, se ha indicado que tratándose de trabajadores dependientes, en razón a que la obligación de realizar el pago de la cotización se encuentra establecida en cabeza del empleador y es este quien eventualmente puede llegar omitir su responsabilidad en la cancelación de dichos aportes, resulta admisible la posibilidad de que, con respecto a este especial tipo de trabajadores, sea posible que el empleador incurra en mora y pueda realizar dichos pagos con posterioridad, so pena de que se sancione al trabajador, quien no tuvo responsabilidad alguna en la configuración de dicha omisión.

5.1.1. Marco Normativo Específico de los Trabajadores Independientes

En relación con los trabajadores independientes, la Ley 100 de 1993 se limitó a establecer únicamente un marco general que aplicaría al cobro y recaudo de sus aportes a la seguridad social en pensiones; razón por la cual fue a partir de dicho marco normativo que el ejecutivo, mediante numerosos decretos, reglamentó la materia y especificó las condiciones concretas en las que el pago se llevaría a cabo.

Por su parte, el ordenamiento jurídico de nivel reglamentario, en un inicio, contemplaba que las cotizaciones debían ser hechas por los trabajadores independientes siempre en forma anticipada, so pena de que fueran reportadas a un periodo posterior a aquel en el cual se efectuó dicha actualización. Al respecto, el Decreto 1406 de 1999, en su artículo 35, determinó que:

*“Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y **realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente.**” (Negrilla por fuera del texto original)*

En este orden de ideas, tratándose de este especial tipo de trabajadores, que se constituyen en la parte de la fuerza productiva del país que se caracteriza por obrar como su propio empleador o jefe y por asumir el riesgo económico de su actividad productiva, la normatividad vigente ha establecido que son ellos mismos los encargados de realizar sus aportes al sistema de seguridad social, los cuales deben ser cancelados en forma mensual y anticipada (de conformidad con la liquidación que de estos realice la Administradora de Pensiones y las declaraciones anuales allegadas por el trabajador y que determinan su ingreso base de cotización para ese año).

3.2 JURISPRUDENCIA DE ESTE TRIBUNAL Y SALA LABORAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE APORTES EN MORA DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES:

Esa normatividad del decreto 1406 de 1999, en concordancia con el 692 del mismo año, es precisamente el argumento de defensa de Colpensiones y el fundamento del juez, argumento que está en consonancia, no solo con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema en su sala laboral, sino de este tribunal que la ha seguido desde el principio, según el cual los aportes en mora de trabajadores independientes no pueden ser aplicados de forma retroactiva porque su propia reglamentación indica que se debe hacer de manera anticipada en la medida que no se contempló para ellos la posibilidad de pago de intereses moratorios. En tal sentido, si bien sus pagos son válidos, los mismos no se traducen en cotizaciones efectivas aplicadas al periodo en mora, sino hacia futuro después del pago.

En efecto, y como sigue explicándolo la Corte Constitucional en el proveído citado *“hasta el momento, se ha aceptado por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial de cierre en esta materia, que las cotizaciones de un trabajador independiente que sean hechas en forma extemporánea deben ser tenidas en cuenta como cotizaciones hechas en forma anticipada a los periodos siguientes a la fecha de consignación del aporte; es decir, que serán contabilizadas con posterioridad a la fecha del pago realizado, sin que sea posible que ellas se registren con efectos retroactivos, pues tal posibilidad se estima tácitamente proscrita por lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 28 del Decreto 692 de 1994, cuando indica que “Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido.” (Subrayada por fuera del texto original)*

Conforme a lo anterior, se ha indicado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que si bien el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad para los trabajadores dependientes de que sus empleadores, tras incumplir con la obligación de pago, puedan incurrir en mora y sufragar sus deudas con posterioridad, dicha posibilidad se considera restringida tratándose de los trabajadores independientes, pues se ha previsto una consecuencia jurídica diferente para estos eventos y es que, en el caso de no configurarse en forma efectiva el pago del aporte, es necesario que sea el trabajador independiente, quien en este caso ostenta la condición de directamente interesado y de único responsable de realizar las cotizaciones, el que asuma las “las consecuencias del déficit, insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones requerido para acceder a las prestaciones contempladas por dicho sistema pensional.” Lo anterior, sin llegar a admitir que las cotizaciones realizadas en forma extemporánea, por ese solo hecho, puedan calificarse de nulas o sin efectos, en cuanto, por el contrario, habrán de ser contabilizadas, pero con posterioridad al pago.

3.3 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

El demandante se alza en apelación y su reclamo es el mismo que planteó desde su demanda: Colpensiones y los jueces deben aplicar el precedente de la Corte Constitucional, vertidos entre otros, en sus providencias T – 377 de 2015, T-150 de 2017, T-200A de 2018 y T-501 de 2018 donde básicamente la Corte ha advertido que se viola derechos constitucionales fundamentales al no aceptar el pago retroactivo de periodos en mora como trabajador independiente, al menos, en periodos cotizados con posterioridad al 29 de enero de 2003, fecha de entrada en vigor de la ley 797 de 2003, por lo que solicita a la Sala dicho precedente no sea ignorado.

Al analizar dichos fallos, la sala estima que el mismo es vinculante y debe ser aplicado cuando los supuestos facticos sean los mismos, pues la *ratio decidendi* de los fallos de la Corte, constituye precedente obligatorio vertical para todos los jueces del país. El precedente parte de una premisa normativa que no se discute: el procedimiento y cobro de los aportes en pensión para

trabajadores independientes cambió radicalmente con la expedición de la ley 797 de 2003 y el Decreto 3085 de 2007.

En efecto, la ley 797 de 2003 cambió el estatus de los cotizantes independientes mutándolos de voluntarios a obligatorios, y el artículo 7 del decreto 3085 de 2007 estableció clara y expresamente la posibilidad que los trabajadores independientes puedan pagar los intereses por la mora en la que incurran, estableciendo que estos se constituirán siempre desde el momento en el que, teniendo la obligación de cotizar, el trabajador omitió hacer el pago correspondiente.

Aunque el Decreto es del año 2007, la Corte Constitucional en las sentencias citadas preliminarmente, consideró que a partir de la entrada en vigor de la ley 797 de 2003, - 29 de enero de 2003 -, los trabajadores independientes que reporten mora en sus aportes pueden, amparándose en el decreto de 2007, solicitar la liquidación del cálculo respectivo y poner al día con el respectivo pago de la cotización, e interés, así como la corrección monetaria.

La Corte zanjó la discusión frente a la aplicación de una ley posterior la (aplicación retrospectiva de la norma) amparándose en el principio “*in dubio pro-operario*”, pues constató que, si bien puede interpretarse que el decreto 3085 de 2007 solo debe tener efectos hacia futuro, lo cierto es que esa postura desconoce el carácter de cotizante obligatorio que le impuso la ley 797 de 2003 a los afiliados independientes, y en tal sentido debe entenderse que cotizar no solo se trata ya de una prerrogativa o una posibilidad con la que cuentan los trabajadores independientes para vincularse al sistema, sino que se trata de un deber ineludible que es menester se vea observado en todos los casos, mientras subsistan las condiciones que dieron origen a la obligación, esto es, mientras el individuo siga desempeñando sus labores como trabajador independiente

En anterior orden de ideas, a juicio de la Corte Constitucional, “*debe entenderse que la expedición de la Ley 797 de 2003 creó en el ordenamiento jurídico una anormalidad en virtud de la cual se instituyó una obligación que, en caso de ser incumplida, no contaba con mecanismo jurídico alguno que permitiera su extinción. Ello, en razón a que su pago posterior se encontraba específicamente proscrito y no se contempló norma alguna de rango legal que permitiera, por cualquier medio, poner fin a dicha incertidumbre jurídica.*

Conforme a lo expuesto, y ante la inexistencia de cualquier medio que permitiera extinguir la obligación surgida, se tiene que en el caso de los trabajadores independientes que, habiendo tenido la obligación de pertenecer al sistema, omitieron realizar sus aportes entre la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y la del Decreto 3085 de 2007, nunca consolidaron su situación jurídica con respecto a su obligación y, por tanto, siguen en la condición de indeterminación anteriormente referenciada”

Conforme a la interpretación que la misma Corte hace de la sentencia estudiada, y que expone en una sentencia posterior (T – 150 de 2017), deben

extraerse dos reglas el marco del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en lo que a cotizaciones se refiere:

1°) Antes de la entrada en vigor de la Ley 797 de 2003 (29/01/2003) la vinculación y cotización para trabajadores independientes era voluntaria, por tanto, conforme a los Decretos 692 de 1994 y 1406 de 1999, el aporte debía ser anticipado, so pena de que se aplicara a periodos futuros.

2°) Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, la vinculación y cotización para trabajadores independientes es obligatoria, por tanto, conforme al Decreto 3085 de 2007, la cotización sigue siendo mes anticipado, pero el no hacerlo en la oportunidad debida no determina la imputación al mes posterior, sino que permite convalidar el aporte con el pago debido de la sanción por mora.

3.4 CONCLUSIÓN:

Esta Sala concluye entonces que la Corte Constitucional ha estatuido una regla en las sentencias de tutela citadas que hace parte de su *ratio decidendi*, y virtud de ello debe ser acatada por todos los jueces de la república. En virtud de tal regla, no puede analizarse bajo el mismo racero los trabajadores independientes que presenten mora en sus aportes antes de la entrada en vigor de la ley 797 de 2003 frente aquellos que incurrieron en mora de manera posterior, pues mientras los primeros era cotizantes voluntarios al sistema, éstos últimos lo eran de manera obligatoria, luego era su obligación cotizar al sistema por mandato imperativo de la ley, y existía una norma aplicable, conforme al principio “*in dubio pro-operario*”, y la aplicación retrospectiva de ella, para liquidar la mora en su pago.

En tal sentido, los trabajadores que, a partir del 29 de julio de 2003, a pesar de no haber realizado el pago de sus aportes en forma oportuna, pueden saldar su deuda con el sistema y obtener, tras el correspondiente pago de los intereses y de la actualización monetaria que ello implica, el reconocimiento de los periodos que trabajó, pero omitió sufragar en su debido momento. Por el contrario, los trabajadores que estén en la misma circunstancia frente a periodos del 28 de enero de 2003 hacia atrás no pueden pedir el pago retroactivo de su mora, y deberá imputarse pagada la cotización a periodos futuros.

De resaltarse además que la Corte complementa la anterior regla en sentencia T-501 de 2018 en el sentido de aclarar que “además que *la mencionada liquidación habrá de comprender todo lo no pagado, es decir, las sumas correspondientes al período efectivamente no cotizado y no solo una parte de este. Si se pretende no pagar lo correspondiente a algún lapso de dicho período, se deberá acreditar que durante este la persona no realizó o no pudo realizar ninguna actividad productiva. De otra manera, lo que es en realidad el cumplimiento de una obligación de orden legal, podría convertirse en una oportunidad para acceder a la pensión, a partir de la reducción injustificada*

de la obligación a cargo del cotizante, en desmedro de la sostenibilidad financiera del sistema.

Así mismo que “además de pagar todo lo debido, el pago debe hacerse sobre la base del ingreso base de cotización que corresponda a la realidad económica del cotizante independiente en dicho período de tiempo, lo cual debe verificarse por cualquier medio de prueba previsto en la ley. Para este propósito es relevante considerar tanto la base de la cotización como la pensión que se pretende obtener, en la medida en que cualquier variación significativa entre una y otra, debe estar debidamente soportada en medios de prueba”

Señálese además que la jurisprudencia analizada permite la aplicación de la teoría del allanamiento a la mora de los trabajadores independientes respecto a las moras efectivamente acreditadas por periodos posteriores al 29 de julio de 2003, en la medida que las herramientas jurídicas de cobro de la ley 100 de 1993 están consagradas tanto para trabajadores dependientes como independientes.

Y respecto a los argumentos del juez para no aplicar el precedente, la sala debe decir que no es cierto que el demandante tenga una carga de probar que *era cotizante obligatorio* pues del análisis de la sentencia queda más que claro que fue la misma ley 797 de 2003 que instauró en cabeza de todos los afiliados independiente esa categoría de cotizante obligatorio, luego ello opera por ministerio de la ley.

Por último, debe señalar esta Sala que, con la presente decisión, se rectifica cualquier criterio distinto que hubiere manejado en el pasado respecto al pago de aportes en pensión de trabajadores independientes al sistema de seguridad social integral y los efectos retroactivos de la mora.

3.5 DE LOS PERIODOS QUE RECLAMA LA DEMANDANTE Y LA PRUEBA DE SU CALIDAD DE TRABAJADOR INDEPENDIENTE:

Conforme a todo lo anterior expuesto, es claro para esta sala entonces que la demandante en, principio, tendría derecho a que le sea imputado como semanas efectivamente cotizadas al periodo aplicado los siguientes periodos:

TIPO DE COTIZANTE	NOMBRE O RAZÓN SOCIAL COTIZANTE	PERIODO COTIZACIÓN FALTANTE
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2003
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2003
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2004
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	09-2004
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2004
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2005
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	12-2005
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2006
DEPENDIENTE	ELITH ISABEL ZUÑIGA PÉREZ	01-2007

La Sala resalta que lo anterior sería en principio, pues para la aplicación del precedente es necesario que la demandante demuestre por cualquier medio probatorio, que en los periodos de tiempo antes señalados, tuvo la calidad de

trabajadora independiente, y por consiguiente nació su obligación de ser cotizante obligatoria conforme a la ley 797 de 2003, de suerte que, de no haberlo hecho las cotizaciones respectivas, podría pagarlo retroactivamente con su respectiva liquidación de mora.

Sin embargo, al analizar cada uno de los medios probatorios allegados, la Sala no encuentra que la demandante hubiere tenido la calidad de trabajador independiente. Dicho en otras palabras, no demostró que, producto de alguna actividad laboral propia, hubiere generado ingresos que le compelieran a ser cotizante obligatoria.

En este punto la Sala debe ser bien claro: en modo alguno el precedente autoriza a cualquier persona a poder pagar de manera retroactiva un periodo determinado de tiempo que aparezca no cotizado en un vacío determinado en el tiempo en su historia laboral, sino que tal prerrogativa responde a la realidad incontestable, debidamente probada, que su mora en realidad está sustentada en el hecho que, realizando un labor, una actividad, un trabajo o cualquier uso de su fuerza laboral individual e independiente como contraprestación de un servicio, generó algún ingreso que, al tenor de las normas citadas, le obliga a cotizar en el sistema.

Y lo cierto es que ello no aparece probado, pues en ninguna parte del plenario el demandante justifica que actividad independiente le generó ingresos y no obstante no cotizó, estando obligada a hacerlo. Por el contrario, lo que demuestra los folios 53 a 55 es que la demandante, tal y como expuso en sus hechos, laboraba como docente, y su certificado laboral demuestra que en los tiempos que solicita la imputación, no devengaba salario pues corresponde a los periodos de tiempos que, conforme al calendario universitario, se encuentran en receso. Lo anterior implica que probatoriamente ha quedado demostrado que, salvo por el periodo septiembre de 2004 que aparece acreditado salario como docente (dependiente) por un valor de \$662.400, en los periodos de tiempo que solicita se le impute el pago del periodo como trabajador independiente, no ostentó tal la calidad, o al menos, no viene probado.

Para la Sala el entendimiento que debe dársele entonces al precedente es que, el pago retroactivo que la Corte permite respecto a trabajadores independientes, parte del hecho probado de una real y efectiva constatación de calidad de trabajador independiente, entendiendo este como la realización efectiva de una actividad que generó ingresos, o en su defecto una declaración expresa de mora patronal en su historia que constituyó un allanamiento a la mora, cosa que aquí no sucedió.

Fíjese como la historia laboral obrante a folios 130 a 136 que esta actualizada al año 2019 registra que la demandante hizo el pago de sus periodos retroactivos en el año 2016, y efectivamente en el detalle aparece la novedad del periodo respectivo que se pretende imputar y que reclama. Una decisión con base a esa sola historia podría llevar a equívocos, pues a partir de ella no es posible advertir si previamente al pago había existido un vínculo como

independiente en los periodos de tiempos que pretende imputar, que diera lugar a su vez a una mora patronal no cobrada.

Sin embargo, cuando se mira la historia laboral que milita en el expediente digital de fecha 10 de marzo de 2015, es decir, antes del pago que hizo la demandante, no aparece ninguna inscripción de la demandante como afiliada en calidad de trabajador independiente en los periodos que pretende imputar, lo que quiere decir que la novedad de periodos anteriores, solo obedece al pago hecho en el 2016, pero no que en realidad estuviera afiliada, hecho indicativo que en tal épocas no devengaba un ingreso como independiente.

En realidad, cuando se analiza los supuestos fácticos de los precedentes, lo acontecido en los casos analizados por la Corte, distan en este punto frente al caso de la demandante, pues como se pasa a revisar en cada precedente, en los casos sometidos a estudio por la Corte, siempre estuvo probado la calidad de trabajadora independiente de los accionantes y/o su afiliación al sistema en tal calidad.

En la sentencia T 377 de 2015 en los hechos expuso la Corte:

“De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante (...) Rosa Elena Orozco de Campillo (...) había laborado como independiente entre enero de 2004 y junio de 2006 (pie de página 2)

El pie de página número 2 de la sentencia de la Corte remite a la siguiente prueba: *“Tal y como lo demuestra con las declaraciones de renta de esos años en los que reporta ingresos como trabajadora independiente por concepto de honorarios”*

Y cuando decidió el caso, puntualmente aclaró:

“Considera la Sala que, en el presente caso, la accionante efectivamente acreditó, durante los periodos con respecto a los cuales solicita le permitan pagar, tener la condición de trabajadora independiente”

Es claro que, en la presente decisión, la accionante demostró en el proceso, que efectivamente había laborado como trabajadora independiente en los periodos que se le permitió pagar retroactivamente.

Igual sucedió en la sentencia T – 10 de 2017. Expuso la Corte en los supuestos fácticos:

*“De acuerdo con los elementos de juicio obrantes en el proceso, el señor Luis Alfredo Ovalle Pérez (...) En el año mil novecientos noventa y ocho (1998) **se afilió al régimen de prima media con prestación definida**, efectuando pagos de aportes desde febrero de ese año hasta junio de mil novecientos noventa y nueve (1999) (...) En esa medida, realizó el pago retroactivo de los ciclos*

correspondientes a junio de mil novecientos noventa y nueve (1999) hasta diciembre del año dos mil dos (2002)”

Es decir, en este proceso, existía prueba de la respectiva afiliación del accionante en el periodo que pagó retroactivamente.

Por su parte en sentencia en sentencia T-200A de 2018 se expuso frente a los hechos la Corte:

“si la tutelante se encontraba en mora para esos periodos, era deber de COLPENSIONES requerir su cobro y proceder de conformidad con los mecanismos legales para ello”

Es decir, para la Corte estaba acreditado en el proceso una afiliación respectiva como trabajador independiente que permitía inferir la procedencia de los pagos retroactivos, o en todo caso, la activación de un allanamiento a la mora.

En sentencia T – 501 de 218 dilucidó la Corte en los hechos facticos:

“En el presente caso, de acuerdo con la constancia expedida el 26 de mayo de 2017, por el abogado Héctor Hernando Monroy Ruiz –visible a folio 41 del cuaderno principal–, la Sala encuentra debidamente acreditado que el señor Jaime Alberto Campos Jácome, durante los años 2003, 2004, 2005 y hasta julio de 2006, se vinculó a su oficina de abogado mediante contrato de prestación de servicios como trabajador independiente, comprometiéndose a tramitar procesos judiciales en la ciudad de Bogotá.

Asimismo, que durante esos años recibió como ingreso, en promedio, el equivalente a un salario mínimo mensual, de la siguiente manera:

Para el año 2003 la cantidad de \$332.000

Para el año 2004 la cantidad de \$358.000

Para el año 2005 la cantidad de \$381.500

Para el año 2006 la cantidad de \$408.000

Es decir, en este proceso, existía prueba del trabajo como trabajador independiente, recibiendo ingresos producto de su actividad personal e individual.

Conforme a lo anterior entonces, la Sala confirmará el fallo apelado por este punto, pues, aunque la apelante tiene razón en la obligatoriedad del precedente por parte de los jueces, no le es aplicable a su caso, en la medida que no demostró estar en los mismos supuestos fácticos de los accionantes, en la medida que no demostró que durante los periodos de tiempo que pretende se le imputen retroactivamente, hubiere realizado una actividad como trabajadora independiente que le generara un ingreso y por lo tanto estuviere obligado a cotizar, sino por el contrario, lo que queda demostrado es que pretendió un

intento de pagos retroactivos no soportados en actividad alguna como trabajador independiente.

3.6 DE LOS PERIODOS ORDENADOS IMPUTAR POR EL JUEZ:

En sede de consulta, la Sala habrá de confirmar la condena realizada por el juez respecto a los periodos de agosto y septiembre de 1999, pues es claro que el demandante si laboró en esos periodos de manera completa como trabajador dependiente y le fueron reportados los 30 días, y el fondo omite hacer la imputación completa por 15 y 30 días respectivamente, solo por el hecho que se adeudaban intereses, convirtiendo las cotizaciones efectivas en mora, algo que le esta vedado, pues era su deber realizar el respectivo cobro y no trasladar esa omisión en una carga del afiliado.

Al igual que lo considerara el juez a quo, no se impondrán costas en esta instancia por no aparecer causadas.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

1° CONFIRMAR en todas sus partes el fallo apelado, según las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

2° SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado de consulta.

3° Una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO



CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
Magistrado Sala Laboral



LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado

Firmado Por:

**MARGARITA ISABEL MARQUEZ DE VIVERO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 LABORAL DE CARTAGENA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

78f9baf0870c7c64873ef924c22d51621c35cd60ed20cc6f4729ed51372a71e6

Documento generado en 18/11/2020 12:14:08 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**