

Sentencia T-377/15

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSION DE VEJEZ-Concepto, naturaleza y protección constitucional

La seguridad social, concebida como un instituto jurídico de naturaleza dual que tiene la condición tanto de derecho fundamental, como de servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado, surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo.

TRABAJADOR DEPENDIENTE Y TRABAJADOR INDEPENDIENTE-Régimen legal que regula la forma en que habrán de realizarse los pagos de las cotizaciones

El ordenamiento jurídico vigente, consciente de las particularidades y diferencias que existen entre estos dos tipos de trabajadores, previó numerosas reglamentaciones a través de las cuales era posible que estos hicieran efectivas sus cotizaciones. Lo anterior, sin llegar a imponer cargas o requisitos adicionales que limitaran el acceso de unos u otros a las prestaciones del sistema y que impidieran que un determinado trabajador, por ostentar la condición de dependiente o de independiente, tuviera que acreditar mínimos de cotización diferenciados y que le obstaculizaran el reconocimiento de las prestaciones que cubren la contingencia en la que eventualmente pueda encontrarse inmerso.

TRABAJADOR DEPENDIENTE-Marco normativo según ley 100 de 1993

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 (tras hacer los descuentos correspondientes). 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. 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.

TRABAJADOR INDEPENDIENTE-Desarrollo normativo y desarrollo jurisprudencial/TRABAJADOR INDEPENDIENTE-Normatividad actual Decreto 3085 de 2007

En la actualidad es plausible que un trabajador independiente, a pesar de no haber realizado el pago de sus aportes en forma oportuna, salde su deuda con el sistema y obtenga, 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.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Interpretación de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3085 de 2007 respecto al pago de aportes al sistema pensional por parte de los trabajadores independientes

En el asunto objeto de estudio ambas interpretaciones expuestas resultan en principio igualmente adecuadas y razonables, así como tampoco contrarían el sentido de lo dispuesto; muy a pesar de que cada una tiene, en la práctica, efectos y consecuencias jurídicas en extremo dispares que permitirían o impedirían que, en una situación fáctica en concreto, se consolide el derecho de una determinada persona. Por ello, la Sala estima necesario que, como producto de la pluralidad de interpretaciones admisibles, se determine cuál habrá de ser aquella que preserva de mejor manera los postulados de carácter superior que establece la Constitución.

En relación con el Decreto 3085 de 2007 existe una pluralidad de interpretaciones posibles; hermenéuticas que resultan razonables conforme al contenido de la disposición normativa en cuestión: (i) una literal y adecuada al principio general de aplicación de las leyes en el tiempo, en virtud de la cual la normativa en comento únicamente puede ser aplicada a situaciones fácticas que se configuraron con posterioridad a su entrada en vigencia; y (ii) otra sistemática y adecuada a la Constitución Política, que tiene en cuenta que la creación de la obligación de los trabajadores independientes de cotizar al sistema se estableció sin que existiera mecanismo alguno que permitiera su extinción ante el evento en el que fuera

incumplida. Razón por la cual, el hecho de que la situación jurídica de quienes incurrieron en mora en el pago de sus aportes permaneciera irresoluta desde ese momento y no contara con ningún medio que permitiera su consolidación, faculta al interprete para que, con la correspondiente actualización de los valores a pagar y el cobro de los intereses moratorios producidos, dé una aplicación retrospectiva del Decreto en estudio.

La Sala recuerda que el instituto del in dubio pro operario, como elemento del principio de favorabilidad consagrado expresamente por la Constitución Política en su artículo 53, permite que en el caso de duda en la aplicación o interpretación de las fuentes del derecho en materia laboral, se escoja aquella que resulta más favorable a los intereses del trabajador y que permite, en mayor medida, la protección de intereses de naturaleza fundamental.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Criterios para determinar su configuración

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Régimen legal para determinar la forma en que habrán de realizarse los pagos de cotización para trabajador dependiente y trabajador independiente

Referencia: expediente T-4.808.412.

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

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil quince (2015).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Myriam Ávila Roldán, María Victoria Calle Correa y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Veintiuno Administrativo de Medellín -Antioquia-, el siete (07) de octubre de dos mil catorce (2014) y, en segunda instancia, por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, el dieciocho (18) de noviembre del mismo año, dentro de la acción de tutela presentada por la ciudadana Rosa Elena Orozco de Campillo, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-.

El expediente de referencia fue escogido para revisión mediante Auto del veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015), proferido por la Sala de Selección Número Tres.

I. ANTECEDENTES

El veintinueve (29) de septiembre de dos mil catorce (2014), la ciudadana Rosa Elena Orozco de Campillo interpuso acción de tutela por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la seguridad social que considera le fue desconocido por Colpensiones al negarse a computar en su historia laboral las cotizaciones que afirma debió haber realizado en calidad de trabajadora independiente en el periodo comprendido entre enero de 2004 y junio de 2006 y que, actualmente, está dispuesta a sufragar.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta sus pretensiones en los siguientes:

1. Hechos

1.1. La ciudadana Rosa Elena Orozco de Campillo es una persona de 77 años de edad, quien hasta el momento reporta 556,43 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones.[1]

1.2. En mayo de 2014, por estimar que había laborado como independiente entre enero de 2004 y junio de 2006[2] y que no había reportado ni realizado los aportes correspondientes, solicitó a Colpensiones que le informara del monto por ella adeudado, pues, al haber estado obligada a cotizar a la luz de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, era necesario que se calculara su deuda y se le permitiera pagarla.

1.3. Tras no recibir respuesta por parte de Colpensiones, la accionante, en junio de ese mismo año, decidió pagar lo que en su concepto debía al sistema por las cotizaciones dejadas de realizar.

1.4. El 07 de julio siguiente, en razón a que siguió sin recibir respuesta a su requerimiento inicial, ni confirmación del pago realizado, interpuso acción de tutela a efectos de que Colpensiones cesara en la vulneración de su derecho de petición y respondiera a sus requerimientos.

1.5. Mediante sentencia del 18 de julio de 2014, el Juzgado Cuarto de Familia de Oralidad de Medellín decidió acceder al amparo deprecado y ordenó a Colpensiones que respondiera de forma inmediata la solicitud realizada.

2. Material probatorio obrante en el expediente

2.1. Cédula de Ciudadanía de la señora Rosa Elena Orozco de Campillo.

2.2. Sentencia del 18 de julio de 2014, mediante la cual el Juzgado Cuarto de Familia de Oralidad de Medellín decidió conceder el amparo al derecho de petición de la accionante, ordenando a Colpensiones responder, en forma inmediata, la solicitud presentada por la accionante en relación con la aceptación del pago realizado extemporáneamente.

2.3. Declaraciones de Renta de los años 2004 a 2006, por medio de las cuales se evidencia que la actora tuvo ingresos por concepto de honorarios y, por tanto, en su criterio, debió haber reportado y pagado las cotizaciones de dichas vigencias fiscales.

2.4. Reporte de semanas cotizadas al S.G.S.S.P. de la señora Rosa Elena Orozco de Campillo, entre enero de 1967 y septiembre de 2014, en el cual se certifica que cuenta con 556,43 semanas cotizadas al sistema y se evidencia que no le están teniendo en cuenta los pagos realizados en forma extemporánea como trabajadora independiente en relación con los periodos de enero de 2004 y junio de 2006, ni los aportes realizados en calidad de trabajadora dependiente del Municipio de Medellín en los periodos de marzo de 1998 y septiembre de 1999.

2.5. Historia clínica y dictámenes médicos de la señora Rosa Elena Orozco de Campillo en los que se certifica que padece de osteoporosis severa y que, adicionalmente, sufrió de

una fractura de columna.

3. Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

La accionante considera desconocido su derecho fundamental a la seguridad social en cuanto el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece en cabeza de los trabajadores independientes la obligación de cotizar al sistema de seguridad social en pensiones. Por este motivo, estima que la conducta de la accionada le impide sufragar los valores por ella adeudados y la expone a posibles procesos de cobro coactivo que le puedan iniciar.

Llama la atención en que efectivamente trabajó durante el periodo de enero de 2004 y junio de 2006, tal y como lo certifican las declaraciones de renta que aportó con respecto a esos años, en las que tuvo ingresos por concepto de honorarios. De forma que, estando clara su obligación, pretende que le permitan no solo saldar su deuda, sino que, en adición, le tengan en cuenta las cotizaciones que debió haber realizado.

4. Respuesta de las entidades accionadas

A pesar de haber sido notificado del contenido y pretensiones de la presente controversia, la accionada omitió realizar, durante el trámite de la acción, un pronunciamiento de fondo en relación con la litis entablada y, por tanto, no expuso argumento, ni prueba alguna que desvirtuara las afirmaciones de la actora.

No obstante lo anterior, se evidencia que mediante el escrito del 28 de noviembre de 2014, esto es, con posterioridad a la expedición de la sentencia de segunda instancia, Colpensiones remitió un escrito en el que se pronunció en relación con la presente acción e indicó que, en este caso, se materializaba una carencia actual de objeto por hecho superado. Informó que el derecho de petición realizado por la accionante, relativo a que le fueran tenidas en cuenta esas semanas fue efectivamente resuelto mediante oficio del 17 de julio de 2014. Ello, sin realizar pronunciamiento alguno con respecto a la pretensión que es alegada en esta ocasión que ya no guarda relación con la protección al derecho de petición, sino que está enfocada en el fondo del asunto objeto de discusión.

5. Sentencias objeto de revisión

Fallo de primera instancia

El Juzgado Veintiuno Administrativo de Medellín, mediante sentencia del 7 de octubre de 2014, decidió denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, en cuanto consideró que en el presente caso se debate la efectividad de unos aportes realizados al sistema en forma extemporánea y, por tanto, existen otros medios ordinarios de defensa a través de los cuales es posible que la actora consiga la efectiva materialización de su pretensión.

Impugnación

Inconforme con lo resuelto, la accionante apeló la decisión anteriormente referenciada y llamó la atención en que si bien es consciente de que dentro del ordenamiento jurídico existen mecanismos ordinarios a los cuales no ha acudido y que podrían permitirle materializar sus pretensiones, el argumento de la subsidiaridad usado por el juez de instancia para declarar la improcedencia del amparo deprecado no se compadece de sus especiales condiciones de vida, como lo son su avanzada edad y las diversas patologías que padece; circunstancias que la hacen acreedora a una especial protección constitucional.

En este orden de ideas, destacó que el juez de tutela no debe hacer un análisis abstracto de los requisitos de procedencia, sino que siempre se encuentra en la obligación de valorar las particularidades que circunscriben cada caso y que, en lo relativo a la subsidiaridad, pueden llevar a la conclusión de que los mecanismos ordinarios de protección no resultan idóneos para procurar el amparo pretendido, haciendo de esa forma procedente el estudio de sus pretensiones en sede de tutela.

Fallo de segunda instancia

La Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, en providencia del 18 de noviembre de 2014, decidió confirmar lo dispuesto por el a-quo en razón a que consideró que la accionante efectivamente cuenta con otros mecanismos de defensa. Consideró que si bien la actora ostenta una muy avanzada edad, en el presente caso no demuestra una especial condición de debilidad, pues aparenta tener capacidad económica y no tiene ningún familiar a su cargo, de forma que no resulta desproporcionado exigirle que acuda a los trámites ordinarios.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse en sede de revisión en relación con el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política Colombiana, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

A continuación se plantea la situación jurídica de la ciudadana Rosa Elena Orozco de Campillo, de 77 años de edad, quien afirma haber laborado como trabajadora independiente en los periodos comprendidos entre enero de 2004 y junio de 2006, sin que, en su momento, hubiera cumplido con la obligación que el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece en cabeza de este tipo de trabajadores, esto es, realizar las cotizaciones correspondientes a los periodos trabajados. Por lo anterior, en el 2014 solicitó a Colpensiones que le liquidara los valores adeudados y le dejara ponerse al día con ellos.

La actora considera desconocido su derecho fundamental a la seguridad social en razón a que la accionada se niega a reconocer la deuda de los periodos que dejó de cancelar y a recibirle el valor de los aportes que estima deber. Lo anterior, en cuanto la accionada afirma que, en su condición de trabajadora independiente, tenía la obligación de haber realizado los aportes en forma anticipada y no pudo haber incurrido en mora con respecto al sistema.

Con el objetivo de resolver la situación fáctica planteada, esta Corporación deberá dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿se vulneran los derechos fundamentales de un trabajador independiente, al negársele la posibilidad de realizar el pago de periodos con respecto a los cuales la oportunidad de pago feneció? En este sentido, la Corte deberá igualmente preguntarse por: ¿cuáles son los efectos que el incumplimiento de un trabajador independiente en su obligación de realizar los aportes al sistema tiene?; y ¿si dicho incumplimiento implica la constitución en mora del afiliado?

Para dar solución a estas interrogantes, la Sala procederá a realizar un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de protección; (ii) el derecho a la seguridad social,

concepto, naturaleza y protección constitucional; y (iii) el régimen legal que establece la forma en que las cotizaciones habrán de realizarse para los trabajadores dependientes e independientes, para así entrar a resolver el caso en concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de protección. Reiteración de jurisprudencia.

La acción de tutela, concebida como un mecanismo jurisdiccional que tiende por la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de los individuos, se caracteriza por ostentar un carácter residual o subsidiario y, por tanto, excepcional, esto es, parte del supuesto de que en un estado social de derecho como el que nos circunscribe, existen mecanismos ordinarios para asegurar la protección de estos intereses de naturaleza fundamental. En este sentido, resulta pertinente destacar que el carácter residual de este especial mecanismo obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias establecido por la constitución a las diferentes autoridades y que se fundamenta en los principios de autonomía e independencia judicial.[4]

Por lo anterior, y como producto del carácter subsidiario de la acción de tutela, resulta necesario concluir que, por regla general, ésta solo es procedente cuando el individuo que la invoca no cuenta con ningún otro medio de defensa a través del cual pueda obtener la protección requerida, o excepcionalmente, cuando a pesar de existir uno, éste resulta carente de la idoneidad o eficacia requerida para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del actor.

En este sentido, la Corte ha señalado que hay ciertos eventos en los que a pesar de existir mecanismos ordinarios de protección, resulta admisible acudir directamente a la acción de tutela a objeto de obtener la protección pretendida, los cuales han sido sintetizados de la siguiente manera: (i) cuando se acredita que a través de estos le es imposible al actor obtener un amparo integral a sus derechos fundamentales y, por tanto, resulta indispensable un pronunciamiento por parte del juez constitucional que resuelva en forma definitiva la litis planteada; eventos dentro de los que es necesario entender que se encuentran inmersos los casos en los cuales la persona que solicita el amparo ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional y, por ello, su situación requiere de una especial consideración por parte del juez constitucional[5]; y (ii) cuando se

evidencia que la protección a través de los procedimientos ordinarios no resulta lo suficientemente expedita como para impedir la configuración de un perjuicio de carácter irremediable, caso en el cual el juez de la acción de amparo se encuentra compelido a efectuar una orden que permita la protección provisional de los derechos del actor, mientras sus pretensiones se resuelven ante el juez natural.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido ciertos criterios con base en los cuales es posible determinar la ocurrencia o no de un perjuicio que pueda tildarse de irremediable. Entre ellos se encuentran: que (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) de ocurrir, no existiría forma de repararlo, esto es, que resulta irreparable; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica que se estima como altamente significativo para la persona; (iv) se requieran medidas urgentes para superar la condición de amenaza en la que se encuentra, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (v) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.[6]

4. El derecho a la seguridad social, concepto, naturaleza y protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.[7]

El Estado Colombiano, definido desde la Constitución de 1991 como un Estado Social de Derecho, cuenta con la obligación de garantizar la eficacia de los principios y derechos consagrados en la Carta Política, no sólo desde una perspectiva negativa, esto es, procurando que no se vulneren los derechos de las personas, sino que, en adición de ello, se encuentra compelido a tomar todas las medidas pertinentes que permitan su efectiva materialización y ejercicio.

En este orden de ideas, la seguridad social, concebida como un instituto jurídico de naturaleza dual que tiene la condición tanto de derecho fundamental, como de servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado[8], surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o

contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo.

Esta Corporación, en sentencia T-628 de 2007, estableció que la finalidad de la seguridad social guarda:

“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político[9], donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación[10] [sic].”

Adicional a lo expuesto, es necesario destacar que el concepto de “seguridad social” hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas; por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”[11]

En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha señalado que la fundamentalidad de este especial derecho encuentra sustento en el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal

desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.[12]

En la misma línea, esta Corporación, en sentencia T-200 de 2010, destacó que la importancia de este derecho radica en que “su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional” y, por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo de Estado que hemos acogido y que nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general[13].

5. El régimen legal que regula la forma en que habrán de realizarse los pagos de las cotizaciones por parte de los trabajadores dependientes e independientes.

A continuación, la Sala analizará el marco normativo general que determina la necesidad de que quienes participan de los beneficios que el sistema de seguridad social prevé, realicen aportes que contribuyan a su sostenimiento, así como la forma específica que el ordenamiento jurídico ha establecido para que los trabajadores dependientes e independientes, realicen dichos aportes.

Con respecto al régimen previsto para las cotizaciones de los trabajadores independientes, la Sala procederá a hacer un estudio pormenorizado del que, hasta el momento, ha sido el manejo que se ha dado a la normatividad aplicable tanto en sede administrativa como judicial; para luego determinar si esta resulta conforme a los lineamientos y principios que fundan el ordenamiento superior.

5.1. Marco Normativo General

El legislador colombiano ha implementado el pago de aportes (o cotizaciones), por parte de todos los afiliados a la seguridad social, como un medio a través del cual es posible dotar de recursos a un sistema que propende por la estabilización económica de sus afiliados ante el acaecimiento de ciertas contingencias de las que se busca brindar protección.

Es por ello que, partiendo de la realidad de que los recursos con los que cuenta el sistema

de seguridad social son limitados, se ha estimado necesario que, para que un individuo pueda beneficiarse de alguna de las prestaciones en él contenidas, éste debe acreditar el cumplimiento de (i) un mínimo de cotizaciones y (ii) los demás requisitos específicos que la ley prevea para cada tipo de prestación que se pretenda reclamar. Lo anterior, como un mecanismo a través del cual se busca garantizar su sostenibilidad y efectividad, de forma que las pretensiones de protección a partir de las cuales se creó, resulten materializables en la práctica.

El sistema de seguridad social en pensiones ha establecido una serie de requisitos de cotización que, de no verse verificados, tornan improcedente la solicitud de cualquier modalidad pensional existente, pues, si bien la Constitución ha establecido que la seguridad social debe ser entendida como un derecho de carácter universal e irrenunciable, se ha aceptado que dada su complejidad y las condiciones actuales que circunscriben el contexto del país, dichos principios deben ser alcanzados en forma progresiva y según la disponibilidad de recursos con la que se cuente. Cuestión que toma su fundamento en el carácter programático con el que se contemplaron dichos derechos.[14]

Dentro de este contexto, en un principio la Ley 100 de 1993 estableció, en su artículo 15, quiénes son los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones y distinguió dos tipos de afiliados, estos son: quienes (i) se encuentran obligados a pertenecer al sistema (los trabajadores dependientes, independientes y quienes cumplen con las condiciones para ser beneficiarios de los subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional);[15] o (ii) pueden pertenecer a él de forma voluntaria, entre otros, todos aquellos que no tengan la condición de afiliados obligatorios pero que no se encuentren expresamente excluidos por la Ley[16].

Siendo relevante destacar que, en la actualidad, tanto los trabajadores dependientes sujetos a una relación laboral subordinada, como quienes se desempeñan en calidad de trabajadores independientes, se encuentran en la obligación de pertenecer al sistema y, por tanto, de realizar los aportes correspondientes.

Lo expuesto en precedencia se constituye en una clara manifestación del principio de progresividad anteriormente referenciado y establecido en la Constitución Política con respecto a este derecho[17], pues se evidencia que el texto original de dicha norma[18] preveía una diferenciación entre trabajadores dependientes e independientes, estableciendo que los últimos estarían vinculados al sistema pero solo de manera voluntaria

y, por tanto, en atención al contexto nacional, permitía que estas personas, dependiendo de las circunstancias en que se encontraran, pudieran decidir si ser partícipes del sistema (con todos los beneficios y cargas que ello implica) o excluirse de él en razón a que sus condiciones particulares de existencia no les permitían sufragar las cargas propias de él y, adicionalmente, costear los elementos básicos de su subsistencia.

Por esta razón, el ordenamiento jurídico vigente, consciente de las particularidades y diferencias que existen entre estos dos tipos de trabajadores, previó numerosas reglamentaciones a través de las cuales era posible que estos hicieran efectivas sus cotizaciones. Lo anterior, sin llegar a imponer cargas o requisitos adicionales que limitaran el acceso de unos u otros a las prestaciones del sistema y que impidieran que un determinado trabajador, por ostentar la condición de dependiente o de independiente, tuviera que acreditar mínimos de cotización diferenciados y que le obstaculizaran el reconocimiento de las prestaciones que cubren la contingencia en la que eventualmente pueda encontrarse inmerso.

En relación con las diferencias anteriormente referenciadas, en el presente caso resulta necesario profundizar en aquella que guarda relación con los efectos del incumplimiento de la obligación de pago oportuno de los aportes al sistema, la cual, para trabajadores dependientes e independientes fue regulada de forma que, tras reconocer las particularidades de cada tipo de trabajador, estableciera consecuencias jurídicas sustancialmente dispares.

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 (tras hacer los descuentos correspondientes). De igual manera dispuso que, ante el evento en el que el empleador omita su responsabilidad, dicha carga no será transferible al trabajador[20], 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.

Al respecto, esta Corporación en sentencia T-915 de 2014 recordó que:

“... la Ley 100 de 1993 ha consagrado en cabeza de las Entidades Administradoras de Pensiones (EAP) diversos mecanismos a través de los cuales les es posible asegurar el pago de los aportes que por alguna razón no les han sido efectivamente cancelados por los empleadores[21], de forma que ante el incumplimiento o mora de estos, las EAP están facultadas por la Ley para imponer sanciones, así como para liquidar los valores adeudados[22] y para realizar el cobro coactivo de sus créditos.[23] Por lo anterior, se ha sostenido en forma reiterativa por la jurisprudencia de esta Corporación[24], que resulta inaceptable que ante la negligencia en el efectivo ejercicio de sus funciones, las EAP trasladen al trabajador (parte más débil entre los sujetos que participan en el S.G.S.S.P.) la carga de asumir el cobro de los dineros adeudados, o aún peor, el pago de estos; pues dicha conducta equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador, así como la correlativa omisión de la EAP en su cobro[25].”

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.

5.1.2. Marco Normativo Específico de los Trabajadores Independientes

Desarrollo Normativo Inicial y Desarrollo Jurisprudencial

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[26]; 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[27], los cuales deben ser cancelados en forma mensual y anticipada[28] (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[29]).

Es por ello que, hasta el momento, se ha aceptado por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[30], 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.” (Negrilla 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.”[31] 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.

Al respecto, la Corte Suprema en Sentencia del 05 de diciembre de 2006[32], indicó:

“...frente al criterio actual de legislador (sic), el efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye para el trabajador independiente un ‘imperativo de su propio interés’, de manera que, el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional, lo que hace es dilatar en el tiempo el reconocimiento de la prestación perseguida y, en situaciones extremas, el dejar de aportar al sistema ese número mínimo, imposibilita el nacimiento del derecho perseguido.”

Normatividad Actual

Se destaca que la posición anteriormente referenciada, relacionada con la imposibilidad de realizar el pago de cotizaciones con efectos retroactivos, fue tácitamente derogada por lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3085 de 2007, conforme al cual se establece expresamente que los trabajadores independientes sí pueden pagar los intereses por la mora en la que incurran y que estos se constituirán siempre desde el momento en el que, teniendo la obligación de cotizar, el trabajador omitió hacer el pago correspondiente.

“Artículo 7°. Causación de intereses de mora. Los intereses de mora, se generarán a partir de la fecha de vencimiento del plazo para efectuar el pago de los aportes, salvo que el trabajador independiente realice este pago a través de entidades autorizadas por la Ley para realizar el pago en su nombre, caso en el cual los intereses de mora se causarán

teniendo en cuenta la fecha de vencimiento de los pagos de la entidad que realice los aportes por cuenta del trabajador independiente.” (subrayado por fuera del texto original de la norma)

De lo anterior, se infiere que en la actualidad es plausible que un trabajador independiente, a pesar de no haber realizado el pago de sus aportes en forma oportuna, salde su deuda con el sistema y obtenga, 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.

Problema interpretativo

Se llama la atención en que, si bien la norma resulta lo suficientemente clara en establecer que se genera mora desde el momento en que vence el plazo para efectuar los aportes, su aplicación en el tiempo ha admitido diversas interpretaciones y ello ha llevado a que entidades como Colpensiones, fundamentándose en los conceptos No. 2007048755-001 del 2 de mayo de 2008 y el 2012045385-002 del 12 de septiembre de 2013 de la Superintendencia Financiera[33], hayan expresado que estos pagos extemporáneos y su contabilización retroactiva solo resultan admisibles con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 3085 de 2007. Por lo tanto, a la luz de la interpretación cualquier periodo que se haya dejado de pagar con anterioridad a esta fecha, estaría regulada por las disposiciones normativas anteriores y, en virtud de ellas, dichos pagos serían tenidos en cuenta para periodos posteriores al reporte realizado.

Es relevante destacar que, como se expuso con anterioridad[34], el Artículo 15 de la Ley 100 de 1993[35] contempla la obligación de que todos los trabajadores independientes (esto es, las personas que desarrollan una actividad económica en forma autónoma y bajo su propio riesgo y responsabilidad) se encuentren vinculados al sistema y gocen de todos sus beneficios, así como de que se encuentren constreñidos por sus cargas.

Es así como el artículo en cuestión estableció, en cabeza de este especial tipo de trabajadores, entre otras, la obligación de realizar el pago de cotizaciones al sistema y omitió prever la manera en que dicho pago debería ser efectuado, así como las consecuencias jurídicas que su omisión acarrearía. Por este motivo, tanto la práctica jurídica como la jurisprudencia vigente hasta el momento han aceptado que se dé aplicación a lo

dispuesto por las normativas de rango reglamentario que regían la materia con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha obligación, las cuales establecían que el pago debía ser siempre hecho en forma anticipada al periodo que se pretende reportar, so pena de que, ante la imposibilidad expresa de cobrar intereses de mora, fuera inadmisibles realizar el pago en forma extemporánea.

No obstante la posibilidad de que la anterior interpretación sea, en principio, adecuada y razonable al tenor del artículo en mención y de la prohibición general de aplicación retroactiva del ordenamiento jurídico, la Sala considera que de una lectura detallada de la norma se evidencia que esta no prevé ninguna clase de condicionamiento temporal y se limita a establecer en abstracto que se generaran intereses de mora ante el incumplimiento del trabajador independiente en efectuar el pago de sus aportes en el momento dispuesto para ello.

Lo anterior, por cuanto, si bien es cierto que en la actualidad, desde una interpretación exegética y literal de la norma, resulta claro que los trabajadores independientes que incumplan con el pago de sus obligaciones con el sistema podrán ponerse al día con su deuda, también lo es que, como producto de una interpretación ad-contrarium, no se estima evidente que la autoridad administrativa que reglamentó la materia hubiera pretendido excluir expresamente la posibilidad de que esta misma prerrogativa fuera aplicada a quienes tenían la obligación de cotizar y omitieron dicho deber con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma en comento[36]; prohibiendo de esa forma que les fuera posible saldar su deuda y poner fin a la obligación que en su momento desacataron.

De esta manera, la Sala estima indispensable hacer un análisis sistemático del ordenamiento vigente a efectos de determinar cuál es el contexto en el que habrá de interpretarse la norma y cuál es precisamente el sentido que ostenta la disposición normativa en estudio.

De ahí que, en el presente caso, resulte igualmente admisible inferir que, mientras haya existido la obligación del trabajador independiente de realizar sus cotizaciones[37] y este haya incumplido con su deber, es menester que se entienda constituida su deuda con respecto al sistema; pues la obligación de naturaleza legal que tenía, se vio insatisfecha y, en consecuencia, se constituyó en mora.[38] En este sentido, aunque la mora no resultaba

exigible cuando se constituyó, tal y como se desprende del régimen normativo aplicable en ese momento (el cual no preveía la posibilidad de realizar el cobro o pago posterior), esta obligación se mantiene en el tiempo en razón a que no se previó mecanismo ni situación jurídica alguna que permitiera su extinción.

En otras palabras, se tiene que, desde un entendimiento básico de la teoría de las obligaciones, en el presente caso, nos enfrentamos a la constitución de una obligación de origen legal con respecto a la cual el ordenamiento jurídico previó que la consecuencia jurídica de la mora[39] del trabajador no sería el cobro de intereses, sino que, por el contrario, sería prohibir cualquier posibilidad de pago posterior. Consecuencia que se consideró más adecuada para sancionar el incumplimiento del pago oportuno por parte del trabajador independiente.

Se destaca que, en un inicio, dicha limitación se justificaba en el hecho de que, al momento de expedición de las normas en comento[40], los trabajadores independientes cotizaban al sistema tan solo de manera voluntaria. Por esta razón, un pago extemporáneo pondría fácilmente en entredicho la naturaleza de los aportes realizados, pues permitiría que una persona que, en un momento determinado, decidió no ser solidaria con el sistema y omitió el pago de sus cotizaciones, pudiera, con posterioridad, entrar a enmendar su actuación y acceder a las prerrogativas que el sistema contempla.

El anterior contexto cambió radicalmente con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, pues la obligatoriedad de la vinculación de este tipo de trabajadores implica que cuando una persona tenga la condición de trabajador independiente y se encuentre devengando unos ingresos como producto de su actividad productiva, tiene el deber legal de realizar aportes al sistema y de ser partícipe de sus cargas y beneficios.[41]

En este orden de ideas, la Ley 797 de 2003, al establecer en cabeza de los trabajadores independientes la obligación de realizar sus aportes al sistema, creó un vacío normativo conforme al cual la constitución en mora del trabajador independiente por incumplir en el pago de sus cotizaciones no contemplaba posibilidad alguna que hiciera viable poner fin o extinguir la obligación en comento, destinándola a un limbo de indeterminación jurídica sumamente anómalo.

Se destaca que una interpretación como la manejada hasta ahora, conforme a la cual la

prohibición jurídica de permitir el pago posterior es tomada como una forma de extinción de la obligación, resulta inadmisibles. Lo anterior, por cuanto, bajo la reglamentación actual[42], ya no se trata de la simple liberalidad del trabajador independiente que determinó cotizar en un determinado momento, sino del cumplimiento de una obligación legal que permite la realización del principio de progresividad en materia de derechos sociales, específicamente la seguridad social, y que no puede ser restringida, ni limitada por una norma de inferior jerarquía.

En este sentido, desde la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, los trabajadores independientes cuentan con el deber de estar afiliados a la seguridad social y ello implica que, para todos los efectos legales, deben entenderse como miembros del sistema, con independencia de si realizaron sus aportes a tiempo y de si voluntariamente querían abstenerse de hacer parte de él; cuestión que en cualquiera de los casos deberá tener otro tipo de repercusiones que no impliquen su exclusión de los beneficios y cargas que le son propias; esto es, la constitución en mora de la obligación y el surgimiento de una deuda que deberá ser saldada con posterioridad por el trabajador, tras el correlativo pago de los intereses y de la actualización monetaria que corresponde.

De ahí que deba entenderse que no solo se trata 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.

Asimismo, resulta evidente para la Sala que, a la luz de lo expuesto por la jurisprudencia de esta Corporación, se ha otorgado una especial connotación a los recursos que se encuentran relacionados con el sistema de seguridad social, pues se ha estimado que estos constituyen verdaderas contribuciones parafiscales de destinación específica que deben ser obligatoriamente cobradas a las personas, de forma que estas puedan ser partícipes de las prestaciones que el sistema contempla y éste último encuentre una fuente de financiación que haga viable su existencia.[43]

Recordamos que, por la naturaleza de estos dineros, es necesario concebir que el incumplimiento del trabajador independiente en efectuar el cabal pago de sus cotizaciones,

lleva la correlativa obligación de las Entidades Administradoras de Fondos de Pensiones de verificar y ejecutar efectivamente su cobro; pues, al tratarse de recursos de contribuciones parafiscales, es menester que se ejerciten los diversos mecanismos creados por la Ley 100 de 1993 para garantizar satisfacción de todas las obligaciones que existan con respecto al sistema; de manera que, así, sea posible asegurar su pervivencia y la efectiva consecución de los fines para los que fue creado.

Por consiguiente, se estima absolutamente diáfano que una vez entró a regir la Ley 797 de 2003 y se creó la obligación de los trabajadores independientes de encontrarse vinculados al sistema, resulta inadmisibles las normativas de rango reglamentario en estudio[44] tengan la virtualidad de determinar la extinción de una obligación de esta naturaleza, ni mucho menos restringir el ejercicio de un derecho de carácter fundamental como lo es la seguridad social.

En este sentido, debe entenderse que la expedición de la Ley 797 de 2003 creó en el ordenamiento jurídico una anomalía 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[45], nunca consolidaron su situación jurídica con respecto a su obligación y, por tanto, siguen en la condición de indeterminación anteriormente referenciada.

Al respecto, la Sala estima necesario aclarar que en el caso de la población que omitió realizar cumplidamente sus aportes entre 2003 y 2007, al no tener completamente consolidada su situación jurídica en relación con la mora en el pago de sus aportes, pueden ser sujetos de la aplicación retrospectiva de la norma actual;[46] conforme a la cual sí podrían entrar a sufragar con posterioridad los aportes al sistema que omitieron pagar en el momento dispuesto para ello.

A pesar de lo anterior, se destaca que el pago de las cotizaciones dejadas de cancelar en el momento previsto para ello, deberá efectuarse teniendo en cuenta la mora en que se incurrió y el correspondiente calculo actuarial, de forma que, si bien los afiliados podrán tener derecho a saldar sus deudas y obtener tanto el correlativo reconocimiento de los periodos dejados de cancelar, como a las prerrogativas propias al sistema a las que se hayan podido hacer acreedores, este último tampoco se vea desproporcionadamente afectado en su sostenibilidad y reciba una remuneración que valore la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, el tiempo durante el cual se omitió satisfacer la obligación y el factor de solidaridad, entre otros.

Se destaca que el fenómeno de la aplicación retrospectiva de las normas que componen el ordenamiento jurídico ha sido ampliamente estudiado por la jurisprudencia de esta Corporación y se ha concluido que:

“el fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad.”[47] (Resaltado por fuera del texto original)

Como se evidencia de lo hasta ahora expuesto, ante la existencia de la indeterminación jurídica objeto de estudio, que impide la extinción de la mora generada y la consecuente consolidación de la situación jurídica del moroso, resulta admisible una aplicación retrospectiva de la norma que permita dotar de seguridad y coherencia jurídica a las situaciones creadas como producto de la obligación introducida por la Ley 797 de 2003.

Contraste entre las interpretaciones plausibles y principio “in dubio pro-operario”

Conforme a lo expuesto, se tiene que en relación con el Decreto 3085 de 2007 existe una

pluralidad de interpretaciones posibles; hermenéuticas que resultan razonables conforme al contenido de la disposición normativa en cuestión: (i) una literal y adecuada al principio general de aplicación de las leyes en el tiempo, en virtud de la cual la normativa en comento únicamente puede ser aplicada a situaciones fácticas que se configuraron con posterioridad a su entrada en vigencia; y (ii) otra sistemática y adecuada a la Constitución Política, que tiene en cuenta que la creación de la obligación de los trabajadores independientes de cotizar al sistema se estableció sin que existiera mecanismo alguno que permitiera su extinción ante el evento en el que fuera incumplida. Razón por la cual, el hecho de que la situación jurídica de quienes incurrieron en mora en el pago de sus aportes permaneciera irresoluta desde ese momento y no contara con ningún medio que permitiera su consolidación, faculta al intérprete para que, con la correspondiente actualización de los valores a pagar y el cobro de los intereses moratorios producidos, dé una aplicación retrospectiva del Decreto en estudio.

La Sala recuerda que el instituto del *in dubio pro operario*, como elemento del principio de favorabilidad consagrado expresamente por la Constitución Política en su artículo 53, permite que en el caso de duda en la aplicación o interpretación de las fuentes del derecho en materia laboral, se escoja aquella que resulta más favorable a los intereses del trabajador y que permite, en mayor medida, la protección de intereses de naturaleza fundamental.[48]

A la luz de lo expuesto, la Sala estima que dada la incertidumbre interpretativa en estudio, resulta mandatorio que se entienda como más favorable aquella hermenéutica de la norma que permite, en su aplicación a cada caso en concreto, el pago retroactivo de los aportes realizados por los trabajadores independientes que, habiendo tenido la obligación de cotizar, omitieron con su responsabilidad y que, en consecuencia, permite que, contrario a lo estipulado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[49], el trabajador no vea dilatado en el tiempo el reconocimiento del derecho pensional que legítimamente pretende y que, como se reconoce, en ocasiones “imposibilita el nacimiento del derecho perseguido”.

Lo anterior, bajo el entendido de que: (i) el pago de los aportes por parte de los trabajadores independientes se constituye en una obligación de carácter legal con la que cuentan desde la expedición de la Ley 797 de 2003 y que, por tanto, no puede ser

desconocida por el trabajador, ni por las AFP's; (ii) los dineros de los aportes al Sistema de Seguridad Social, en su condición de contribuciones parafiscales, deben ser necesariamente recepcionados por el sistema, ya sea porque su pago sea efectivamente realizado, o porque, tras su incumplimiento, sean cobrados coactivamente por las administradoras de pensiones con los intereses y la actualización correspondientes.

Por otro lado, se llama la atención en que de aceptarse la primera de las interpretaciones plausibles de la norma, terminaría por establecerse una diferenciación entre los trabajadores independientes que incumplieron su obligación de pagar a tiempo sus aportes entre los años 2003 y 2007, y quienes omitieron dicho deber legal con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 3085 de 2007. Distinción que en la práctica permitiría que quienes se encuentren en el primero de los eventos se vean imposibilitados para sufragar su deuda y, en consecuencia, adviertan postergado en el tiempo o incluso imposibilitado el acceso a la eventual pensión a la que puedan tener derecho. Mientras los segundos, tendrían la opción de cancelar las cotizaciones de los periodos que, por cualquier motivo, se hubieran vencido, sin las consecuencias nefastas que una posición en contrario acarrearía.

Considera la Sala que establecer una diferenciación por este hecho resulta de suyo desproporcionado y desconocedor de la voluntad del legislador, quien, mediante la expedición de la Ley 797 de 2003, pretendió equiparar a los trabajadores dependientes e independientes con respecto a su obligación de participar del sistema y, en igual manera, de los beneficios que este representa. La Sala enfatiza en que no existe justificación adicional que desde un punto de vista constitucional o legal dé sustento a dicha posición.

En este sentido, la Sala no estima admisible el argumento expuesto por la Superintendencia Financiera en sus conceptos No. 2007048755-001 del 2 de mayo de 2008 y el 2012045385-002 del 12 de septiembre de 2013[50] en virtud del cual, lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3085 de 2007 únicamente puede aplicar a situaciones fácticas que se configuraron con posterioridad a la entrada de vigencia de dicha normativa.

No puede esta Sala ser lo suficientemente enfática en destacar que (i) el contenido fáctico que daba sustento a las normativas que reglamentaban la forma de efectuar el pago de los aportes de los trabajadores independientes, así como las consecuencias jurídicas de su

omisión en el pago, se vieron completamente revaluadas por la Ley 797 de 2003 y que (ii) no fue sino hasta el año 2007 cuando la administración, en su calidad de reglamentador, se percató de dicha incongruencia y decidió actualizar el ordenamiento jurídico al contexto y realidad que pretende reglar. De ahí que la administración, con su accionar, creó una nueva incongruencia en virtud de la cual los trabajadores independientes, que a la luz del ordenamiento jurídico se encuentran compelidos legalmente a cotizar, se encuentran facultados o imposibilitados para ponerse al día con el pago de los periodos que omitieron sufragar, dependiendo del momento en el que incurrieron en mora. Muy a pesar de que su obligación para con el sistema nunca varió.

No obstante lo expuesto en forma antecedente, la Sala estima indispensable insistir en que, como se ha indicado hasta ahora, la obligación de los trabajadores independientes de vincularse al sistema de seguridad social surgió tan solo desde el momento de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y, por ello, en razón a que su participación dentro del sistema, con anterioridad a esta fecha, era eminentemente voluntaria, la omisión en que un trabajador independiente hubiera podido incurrir previamente a este momento de pagar los aportes que haya tenido la posibilidad de realizar, no puede constituir incumplimiento ni deuda alguna.

Por lo anterior, la aplicación retrospectiva del Decreto 3085 de 2007 y la correlativa posibilidad de efectuar pagos con efectos retroactivos por parte de los trabajadores debe entenderse limitada por la existencia de la obligación de pertenecer al sistema, la cual surgió con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Conclusión

En este orden de ideas, se estima plausible admitir que mientras: (i) haya existido la obligación de realizar los aportes, esto es, desde el 29 de enero de 2003, momento en el que la Ley 797 de 2003 entró en vigencia y equiparó la obligación de los trabajadores dependientes e independientes con respecto al deber de pertenecer al sistema de seguridad social en pensiones, y (ii) el plazo oportuno para realizar el pago en encuentre caducado, se configuró el incumplimiento de la obligación legal en comentarios y, por tanto, al materializarse el supuesto de hecho que prevé la norma, esto es, el vencimiento del plazo para efectuar el pago, se constituyó la mora y esta deberá ser cancelada por el afiliado con

sus respectivos intereses y calculo actuarial.

III. CASO CONCRETO

1. Recuento fáctico

A continuación se emprenderá el estudio de la situación jurídica que circunscribe a la ciudadana Rosa Elena Orozco de Campillo, de 77 años de edad, quien en el transcurso de su vida reporta 556,43 semanas cotizadas al sistema y solicita que por medio de la presente acción de amparo se ordene a Colpensiones que le liquide y le permita pagar las semanas que afirma debió haber cotizado en su condición de trabajadora independiente, entre enero de 2004 y junio de 2006. Responsabilidad con respecto a la que es consciente omitió su cumplimiento, pero, en la actualidad, pretende que le permitan pagar.

Llama la atención en que la accionada, en flagrante desconocimiento de la obligación que le impone el artículo 15 de la Ley 100 a los trabajadores independientes de vincularse al sistema, decidió rechazar su solicitud de pago e impedirle sufragar su deuda, pues consideró que el hecho de que la reglamentación vigente al momento en el que incurrió en mora no hubiera previsto el pago de intereses para los trabajadores independientes implica que estos no pueden incurrir en ella y, por tanto, los aportes que se realicen con posterioridad al periodo al que presuntamente corresponden, no pueden ser aplicadas retroactivamente.

Por lo anterior, considera que Colpensiones ha desconocido su derecho fundamental a la seguridad social, pues se ha negado a recibirle los aportes que dejó de pagar en su momento y que, en la actualidad, tras reconocer su omisión, pretende saldar; impidiéndole así tener un reporte actualizado de las semanas en que ha participado del sistema.

2. Análisis de la vulneración ius-fundamental

Estudio de procedencia

De acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales expuestos en la parte considerativa de la presente providencia, así como con los supuestos fácticos que circunscriben la presente litis, se procederá a estudiar el caso particular de la actora, con el objetivo de determinar si existe o no, la presunta vulneración ius-fundamental por ella alegada.

Como primera medida, resulta necesario destacar que, tal y como se indicó en forma precedente, por regla general la acción de tutela solo es procedente cuando ésta se constituye en el único mecanismo de defensa que permite la protección de las garantías ius-fundamentales de un individuo, pero esto encuentra una excepción cuando se evidencia que, tras un estudio de las condiciones fácticas del actor, se materializa al menos uno de los supuestos que permiten la flexibilización del estudio de este requisito, estos son: (i) que se prevea la inminente materialización de un perjuicio de carácter irremediable que haga necesaria la intervención provisional o transitoria del juez constitucional, o (ii) que se estime que el medio ordinario de defensa existente no resulta lo suficientemente eficaz o idóneo como para permitir la eventual definición de la controversia planteada y la consecuente protección de los derechos fundamentales objeto de discusión.

Como se ha recalcado con anterioridad, la accionante es una mujer de 77 años de edad que padece de diversas enfermedades, situación por la cual se estima que el normal ejercicio de sus derechos se encuentra afectado y, en la actualidad, es acreedora de la denominada “especial protección constitucional”. Por lo anterior, no solo resulta desproporcionado exigirle el desarrollo de un proceso jurisdiccional ordinario que resuelva en forma definitiva sobre la titularidad del derecho que reclama, sino que, de hacerse de esta manera, se terminaría por permitir la vulneración de sus demás derechos fundamentales, en cuanto el mecanismo ordinario no sería lo suficientemente idóneo como para permitir la salvaguarda de los intereses en discusión.

Análisis de las pretensiones

Prosiguiendo con el estudio de la controversia jurídica en concreto, resulta necesario destacar que la pretensión de la accionante, relacionada con que le permitan realizar el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que debió haber realizado en el periodo comprendido entre enero de 2004 y junio de 2006 resultaría, al menos en principio, improcedente a la luz de lo dispuesto tanto en el ordenamiento jurídico que hasta el momento se ha estimado aplicable, como de la jurisprudencia que ha mantenido en forma uniforme el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en materia laboral.[51]

Ello, pues como se indicó en el acápite considerativo de la presente providencia, los trabajadores independientes, en su calidad de únicos responsables del cumplido y efectivo

pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, han sido concebidos como los únicos interesados en cumplir con la obligación de realizar sus aportes al sistema en forma oportuna, so pena de que dichos pagos les sean tenidos en cuenta para los periodos que se surtan con posterioridad a la fecha en que se efectuó el aporte; postergando de esa forma, en menoscabo de los intereses del cotizante, las expectativas pensionales que eventualmente pueda llegar a tener.

A pesar de lo anterior, es diáfano que, conforme a lo expuesto igualmente en la parte considerativa de esta providencia, en virtud del principio de favorabilidad y en específico del “in dubio pro operario”, es posible admitir que, contrario a lo sostenido por la postura anteriormente reseñada, el Decreto 3085 de 2007 admita una aplicación retrospectiva de sus contenidos a eventos que si bien acontecieron con anterioridad a su entrada en vigencia, no pudieron consolidar definitivamente su situación jurídica debido a la falta de determinación de mecanismos que permitieran extinguir la obligación legalmente constituida por la Ley 797 de 2003.

En este sentido, es mandatorio admitir que los trabajadores independientes que, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 3085 de 2007, hayan omitido sufragar cumplidamente el valor de sus cotizaciones, pueden entrar a pagar dichos aportes y estos les serán contabilizados al periodo reportado. Esto, sin que sea posible esgrimir el argumento de que la imposibilidad que existía con anterioridad a la vigencia de la Ley 797 de 2003, para pagar en forma retroactiva esos aportes, implica que la obligación creada por la Ley 797, es extinguida por una disposición de nivel reglamentario.

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 y, en consecuencia, a la luz de lo previsto por la Ley 797 de 2003, se encontraba en la obligación de haber estado vinculada al sistema de seguridad social en pensiones y de haber contribuido económicamente a este.

Por ello, se procederá a conceder el amparo ius-fundamental invocado y a ordenar a Colpensiones que, de acuerdo con las consideraciones aquí esbozadas, dé aplicación retrospectiva al Decreto 3085 de 2007. De forma que se vea compelido a liquidarle a la accionante el valor que efectivamente adeuda por concepto de las cotizaciones que debió

haber realizado entre enero de 2004 y junio de 2006 (concepto que deberá contener el valor de los intereses moratorios incurridos y el cálculo actuarial que se haga de la deuda). Lo anterior, con el objetivo de que le sea posible poner fin al incumplimiento en que incurrió, al igual que obtener un recuento acertado de la cantidad de semanas que efectivamente ha cotizado al sistema.

Afectación ius-fundamental no alegada, ejercicio de facultades ultra y extra petita

Por otro lado, la Sala evidencia que del estudio del reporte de semanas cotizadas por la señora Rosa Elena Orozco, expedido por Colpensiones[52] el 29 de septiembre de 2014 y en el que se hace un recuento de la historia laboral de la accionante, es posible inferir que a ésta tampoco le están teniendo en cuenta las cotizaciones que realizó en los periodos comprendidos entre marzo de 1998 y septiembre de 1999 y con respecto a los cuales su empleador se encuentra en mora de hacer el respectivo pago.

Por lo anterior, y en atención a las facultades ultra y extra petita con las que cuenta el juez constitucional, así como con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas en relación con que las consecuencias jurídicas de la omisión del empleador de realizar el pago oportuno de las cotizaciones de unos periodos, así como de la negligencia de la administradora de pensiones de gestionar dicho pago a través de los medios y mecanismos que la ley ha previsto para el efecto, no pueden ser trasladadas al trabajador; la Sala procederá a conceder el amparo a la seguridad social de la accionante y a ordenar a Colpensiones que, sin imponer cargas adicionales a las establecidas por la Ley, reconozca la efectividad de las semanas cotizadas por la accionante durante dichos periodos y gestione su cobro de conformidad con el ordenamiento legal aplicable.

Conclusión

En consecuencia, la Sala procederá a REVOCAR las sentencias de instancia, para, en su lugar, CONCEDER el amparo al derecho fundamental a la seguridad social invocado tanto en lo relacionado con la liquidación y recepción del pago de los aportes que la señora Rosa Elena Orozco debió haber realizado como trabajadora independiente en los periodos comprendidos entre enero de 2004 y junio de 2006, como con la convalidación de las semanas cotizadas como trabajadora dependiente del Municipio de Medellín en el periodo comprendido entre marzo de 1998 y septiembre de 1999 y con respecto a las cuales su

empleador se encuentra en mora.

Por lo anterior, se ordenará a Colpensiones que: (i) dé aplicación retrospectiva de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3085 de 2007 y, en consecuencia, liquide la deuda de la accionante en relación con los pagos de los aportes que omitió realizar en el periodo de tiempo comprendido entre enero de 2004 y junio de 2006, de forma que le sea posible saldar su deuda y tener un reporte actualizado y acertado de las semanas que efectivamente ha cotizado al sistema; y (ii) contabilice dentro de la historia laboral de la accionante el periodo de cotizaciones comprendido entre marzo de 1998 y septiembre de 1999, así como que adelante las actuaciones correspondientes para obtener el efectivo cobro de dichos dineros, de forma que no traslade al trabajador las consecuencias de su inacción.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido en segunda instancia por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, el dieciocho (18) de noviembre de 2014, mediante la cual se confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo de Medellín, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la ciudadana Rosa Elena Orozco de Campillo en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y, en su lugar, CONCEDER el amparo a su derecho fundamental a la seguridad social en los términos previstos en el cuerpo de la providencia.

TERCERO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer en la historia laboral de la señora Rosa Elena Orozco, los periodos en que se desempeñó como trabajadora del Municipio de Medellín entre marzo de 1998 y septiembre de 1999, sin imponer cargas adicionales a la accionante que terminen desconociendo sus garantías fundamentales.

CUARTO.- COMUNÍQUESE a la Superintendencia Financiera del sentido y alcance de las interpretaciones realizadas en la presente providencia, de forma que en adelante las pueda tener en cuenta a la hora de analizar situaciones análogas.

QUINTO.- Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-377/15

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Interpretación de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3085 de 2007 respecto al pago de aportes al sistema pensional por parte de los trabajadores independientes (Aclaración de voto)

PRINCIPIO “IN DUBIO PRO-OPERARIO”-Aplicación retrospectiva del Decreto 3085 de 2007, resulta innecesaria e injustificada (Aclaración de voto)

Referencia: expediente T-4.808.412

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

Comparto esta decisión contenida en la sentencia T-377 de 2015, pero aclaro el voto pues discrepo del modo en que este fallo caracterizó como ‘retrospectiva’ la aplicación del Decreto 3085 de 2007. En primer lugar, en mi concepto era innecesario calificar la aplicación del Decreto referido, toda vez que el sustento de esta providencia y de sus órdenes es el derecho fundamental a la seguridad social, en concordancia la Ley 797 de 2003 -que implementó como obligatoria la afiliación y cotización de los independientes al sistema de pensiones-, y ambas son fuentes normativas anteriores a los periodos de cotización por satisfacer. En segundo lugar, dado que se trataba de cotizar por un periodo comprendido entre enero de 2004 y junio de 2006, era necesario justificar por qué la aplicación de un Decreto expedido con posterioridad -en 2007- podía considerarse como retrospectiva.

La sentencia, sin embargo, no explica por qué es necesario o útil hablar de retrospectividad, ni por qué de hecho es apropiada esa calificación, razón por la cual la caracterización no solo aparece como innecesaria sino que además resulta injustificada.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

[1] A la luz de lo reconocido por Colpensiones mediante “reporte de semanas cotizadas en pensiones” del 29 de septiembre de 2014.

[2] 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.

[3] Inciso 4 del Artículo 28 del Decreto 692 de 1994 y el inciso primero del Artículo 35 del Decreto 1406 de 1999.

[4] Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2013.

[5] Ello, en cuanto como producto de las particularidades que circunscriben su caso particular resulta desproporcionado someterlo a los trámites y dilaciones que un proceso ordinario implica.

[6] Consultar entre otras sentencias: T-132 de 2006, T-463 de 2012, T-706 de 2012, T-063-13 y T-090 de 2013,

[7] Reiterado en Sentencias T-690 de 2014, T-915 de 2014, T-009 de 2015 y T-330 de 2015.

[8] Artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

[9] “Artículos 2, 13, 5 de la Constitución. Véase la sentencia C-575 de 1992.”

[10] “Artículo 366 de la Constitución.”

[11] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19. Introducción, Numeral 2.

[12] Ver, entre otras, las sentencias T-032 de 2012; T-072 de 2013 y T-146 de 2013.

[13] Constitución Política de Colombia, Artículo 1.

[14] Al respecto, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en

la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

[15] “Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.”

[16] “En forma voluntaria: Todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley. Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.”

[17] Constitución Política de Colombia, artículo 48.

[19] Que cambió el contenido del artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

[20] A quien la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido como el sujeto más débil dentro de las partes que conforman el sistema de seguridad social y, por tanto, le ha otorgado una especial protección, de forma que las cargas se encuentren balanceadas y no se le transfieran responsabilidades que le resulten de imposible cumplimiento y terminen desdibujando su derecho a la seguridad social.

[21] “Artículos 23, 24, 53 y 57 de la Ley 100 de 1993.”

[22] “Liquidación que a la luz del artículo 24 de la Ley 100 de 1993 presta merito ejecutivo.”

[23] “Artículo 57 de la Ley 100 de 1993.”

[24] “Corte Constitucional. Sentencias C-177 de 1998, T-363 de 1998, T-106 de 2006, T-920 de 2010, T-855 de 2011 y T-726 de 2013.”

[25] “Corte Constitucional. Sentencia T-726 de 2013.”

[26] Al respecto, el párrafo 1 del numeral 1, del artículo 15 de la Ley 100, únicamente reguló lo relacionado con: (i) el ingreso base de cotización; (ii) la posibilidad de realizar pagos anticipados; (iii) la creación de un sistema de descuentos directos; (iv) la imposibilidad de establecer requisitos adicionales a la afiliación de trabajadores independientes; (v) la posibilidad de realizar los aportes por parte de terceros; y (vi) la posibilidad de efectuar cruces de información con las autoridades tributarias para verificar los aportes. Dejando abierto de esa forma para que el ejecutivo pudiera reglamentar el resto de las particularidades conforme a las cuales habría de hacerse el pago de dichos aportes.

[27] Sin perjuicio de que puedan hacerlo a través de terceros a la luz de lo dispuesto en el literal “e” del párrafo primero del numeral 1 del artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

[28] Artículo 35 del Decreto 1406 de 1999.

[29] Artículos 30 y 31 del Decreto 1406 de 1999.

[30] En sentencia del 5 de diciembre de 2006. Radicado 26728. MP. Isaura Vargas Díaz; Reiterado en, entre otras ocasiones, en la Sentencia del 18 de Agosto de 2010. Radicado No. 35467 M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez; y del 21 de agosto de 2013. Radicado 42123. MP. Rigoberto Echeverri Bueno.

[31] Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Radicado 26728. MP. Isaura Vargas Díaz.

[32] Reiterada en, entre otras ocasiones, las sentencias de la Sala Laboral: Radicado No. 35467 M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez, del 18 de Agosto de 2010; Radicado No. 42123 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, del 21 de agosto de 2013;

[33] En los que expresa que: “Si los periodos dejados de cotizar son anteriores a la vigencia del decreto 3085 de 2007 no podrán ser objeto de imputación de pagos ni de cualquier otro mecanismo de reliquidación de aportes de manera retroactiva pues tal como se expuso anteriormente a los trabajadores independientes no se les generaba mora al no realizar las cotizaciones oportunamente, y como consecuencia de ello, los aportes que se realizaran extemporáneamente se contabilizarían siempre para periodos posteriores”.

[34] Ver numeral 5.1. de esta providencia.

[35] Tal y como quedó con posterioridad a la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

[36] 15 de agosto de 2007.

[37] De conformidad con lo determinado por la Ley 797 de 2007.

[38] Se llama la atención en que ni la normatividad laboral, ni aquella que determina el sistema de seguridad social prevén disposición alguna que establezca una definición o concepto inequívoco de mora; motivo por el cual éste habrá de ser traído por analogía desde la legislación civil (artículo 1608 del Código Civil Colombiano) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 153 de 1887: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó (sic) materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”

[39] La cual se constituye con el simple incumplimiento de la obligación en el término determinado para ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 1608 del Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887.

[40] Decreto 692 de 1994 y Decreto 1406 de 1999, ambos previos a la expedición de la Ley 797 de 2003.

[41] La presente afirmación debe ser interpretada de conformidad con lo expuesto por la Sentencia C-259 de 2009.

[42] Contrario a la situación jurídica inicialmente reglamentada por las normativas en estudio y que partía del principio de que los trabajadores independientes hacían parte del Sistema de Seguridad Social en Pensiones de forma voluntaria.

[43] Sentencia C-155 de 2004.

[44] Decretos 692 de 1994 y 1406 de 1999.

[45] Periodo temporal comprendido entre el 29 de enero de 2003 y el 15 de agosto de

2007.

[46] Artículo 7 del Decreto 3085 de 2007.

[47] Sentencia T-110 de 2011, entre otras.

[48] Ver, entre otras, la Sentencia T-832A de 2013.

[49] Sentencias del: 5 de diciembre de 2006. Radicado 26728. MP. Isaura Vargas Díaz; Sentencias de la Sala Laboral: Radicado No. 35467 M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez, del 18 de Agosto de 2010; Radicado No. 42123 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, del 21 de agosto de 2013

[50] Referenciados en el pie de página No. 32 Supra.

[51] Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Radicado 26728. MP. Isaura Vargas Díaz; Reiterado en, entre otras ocasiones, en Sentencia del 18 de Agosto de 2010. Radicado No. 35467 M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez; y en Sentencia del 21 de agosto de 2013. Radicado 42123. MP. Rigoberto Echeverri Bueno

[52] Que reposa a folio 20 del Cuaderno Principal.