

T-501-18

Sentencia T-501/18

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

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Clasificación de los afiliados

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Forma en la que se efectúan las cotizaciones y consecuencias de su incumplimiento

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

Referencia:

Expediente T-6.855.684

Acción de tutela presentada por Jaime Alberto Campos Jácome en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de mayo de 2018, que revocó el dictado por el Juzgado

Catorce Laboral del Circuito de la misma ciudad el 20 de abril anterior, en el trámite del amparo constitucional promovido por Jaime Alberto Campos Jácome en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

## I. ANTECEDENTES

### 1. La solicitud

El 6 de abril de 2018, el ciudadano Jaime Alberto Campos Jácome, actuando en nombre propio, promovió acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones, en adelante, Colpensiones, en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por esa entidad, como consecuencia de negarse a liquidar los aportes que, como trabajador independiente, omitió realizar durante el período comprendido entre el 1º de febrero de 2003 y el 31 de julio de 2006, junto con los respectivos intereses de mora, para que, una vez saldada esa obligación, pudiera acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación.

### 2. Hechos relevantes y pretensiones

2.1. El señor Jaime Alberto Campos Jácome nació el 12 de agosto de 1933, por lo que, actualmente, cuenta con 85 años de edad. Comoquiera que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones[1] tenía más de 40 años de edad, fue sujeto del régimen de transición[2]. Sin embargo, solo conservó ese beneficio hasta el 31 de julio de 2010, pues al momento de entrar en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005[3], no contaba con las 750 semanas exigidas para que se le extendiera dicho régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.

2.2. De acuerdo con el resumen de su historia laboral expedido por Colpensiones[4], tiene acreditadas un total de 1.197 semanas cotizadas al régimen de prima media con prestación definida, discriminadas así: (i) 565 corresponden a aportes realizados a Cajas de Previsión Social dentro del período comprendido entre el 14 de enero de 1956 y el 6 de diciembre de 1977; (ii) 74.14 equivalen a cotizaciones efectuadas como trabajador dependiente entre el 1º de marzo de 1983 y el 31 de julio de 1984; y (iii) 558 corresponden a tiempos cotizados como trabajador “independiente” desde el 1º de julio de 2006 hasta el 28 de febrero de

2018.

2.3. Luego de que Colpensiones le negara en dos oportunidades el reconocimiento de la pensión de jubilación por no acreditar el número de semanas exigidas para obtener dicha prestación[5], el 13 de septiembre de 2017, en ejercicio del derecho de petición, el actor le solicitó a esa entidad que le liquidara la suma adeudada por concepto de aportes que omitió realizar como trabajador independiente entre el 1º de febrero de 2003 y el 31 de julio de 2006, junto con los respectivos intereses de mora, a efectos de que fueran convalidados en su historia laboral para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes[6].

2.4. En respuesta a su solicitud, la cual solo se emitió de fondo después de notificado el auto admisorio de la demanda de tutela[7], el 13 de abril de 2018 Colpensiones le informó que no era posible acceder a lo pretendido, toda vez que el pago de aportes extemporáneos como trabajador independiente solo era viable por aquellos ciclos de cotización posteriores a la entrada en vigencia del Decreto 3085 del 15 de agosto de 2007[8], norma que estableció la causación de intereses moratorios a partir del vencimiento del plazo para realizar el aporte. Por lo tanto, le indicó que, siendo los períodos en mora anteriores a esa fecha, cualquier pago que hiciera con el fin de convalidarlos no serían aplicados a su historia laboral.

2.5. Inconforme con dicha decisión, promovió la presente acción de tutela, en procura de que le fueran amparados sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social, de tal suerte que se ordenara a Colpensiones liquidar el valor de los aportes que, como trabajador independiente, dejó de realizar desde el 1º de febrero de 2003 hasta el 31 de julio de 2006, sobre la base de un salario mínimo mensual vigente de la época y junto con los respectivos intereses de mora. Asimismo, que, una vez cancelada la suma correspondiente, se contabilizaran dichos aportes para efectos del reconocimiento de su derecho pensional.

2.6. Como fundamento del amparo constitucional deprecado, sostuvo que a su avanzada edad (85 años) se le dificulta cada vez más seguir ejerciendo la profesión de abogado y, como tal, continuar cotizando al sistema general de pensiones, por lo que su digna subsistencia depende necesariamente del reconocimiento de la pensión de jubilación,

prestación a la que podría acceder si se le permite efectuar el pago de la suma adeudada y este es aplicado a los ciclos en mora en su historia laboral, pues solo de esa manera recobraría el régimen de transición y obtendría el derecho con la acreditación de 1000 semanas cotizadas.

### 3. Trámite procesal y respuesta a la acción de tutela

Por medio de Auto del 10 de abril de 2018, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá admitió la acción de tutela y, con el fin de conformar debidamente el contradictorio, ordenó correr traslado de la misma a Colpensiones, a fin de que se pronunciara acerca de los hechos que la motivaron y las pretensiones incoadas.

#### 3.1. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Dentro de término concedido para el efecto, el director de acciones constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones dio respuesta a la acción de tutela, solicitando que se negara el amparo invocado por la parte actora, en razón a que, de acuerdo al concepto núm. 2012045385-000 del 5 de septiembre de 2013, emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, no es posible realizar la liquidación de aportes en mora correspondientes a períodos anteriores a la fecha de expedición del Decreto 3085 del 15 de agosto de 2007, toda vez que antes de su entrada en vigencia no se generaban intereses de mora por este concepto.

Sobre esa base, concluyó que, si el actor se encuentra en desacuerdo con la decisión adoptada por la entidad, deberá agotar los medios ordinarios de defensa dispuestos para la protección de sus derechos, pues la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para dirimir la controversia suscitada.

#### 1. Primera instancia

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de abril de 2018, concedió el amparo constitucional deprecado y, en consecuencia, ordenó a la entidad demandada proceder a liquidar, mediante cálculo actuarial, el valor de los aportes que el actor omitió realizar del 1º de febrero de 2003 al 31 de julio de 2006, junto con los respectivos intereses de mora, a fin de que, efectuado el pago correspondiente, fuera

aplicado a su historia laboral para subsanar los tiempos de cotización dejados de cancelar.

Para tal efecto, con apoyo en los fundamentos jurídicos de la Sentencia T-377 de 2015, manifestó lo siguiente:

“el art. 7 del Decreto 3085 de 2007 establece que los trabajadores independientes sí pueden cancelar los intereses moratorios que surgen por el no pago de los aportes pensionales, los cuales serán contabilizados desde el momento en que se tenía la obligación de efectuarlos, por lo que actualmente resulta procedente que el afiliado, pese a no haber realizado su cotización oportunamente, a través de la actualización de dichas sumas y del pago de intereses moratorios, salde la deuda existente con el sistema general de pensiones y que en su momento omitió cancelar”.

## 2. Impugnación

La anterior decisión fue recurrida oportunamente por la parte accionada, quien se ratificó en todo lo expuesto en su escrito de respuesta a la acción de tutela y, reafirmó, que solo se podrá efectuar el pago retroactivo de aportes pensionales extemporáneos por aquellos ciclos de cotización posteriores a la entrada en vigencia del Decreto 3085 de 2007, norma que estableció la causación de intereses moratorios a partir del vencimiento del plazo para asumir la obligación.

## 3. Segunda instancia

Al resolver la impugnación, la Sala Laboral de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 24 de mayo de 2018, revocó la decisión del a-quo y, en su lugar, negó por improcedente la acción de tutela, tras considerar que la recuperación de tiempos dejados de cotizar al sistema general de pensiones es una aspiración a la que no se puede accederse por vía del amparo constitucional, sino a través de los medios ordinarios de defensa dispuestos para tal fin.

## III. REVISIÓN DEL PROCESO DE TUTELA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente de tutela de la referencia a la Corte Constitucional para su eventual revisión, la Sala de Selección Número Siete, mediante Auto del 27 de julio de 2018,

notificado el 13 de agosto siguiente, decidió seleccionarlo y asignar su conocimiento a la Sala Tercera de Revisión.

Conforme con lo anterior, procede esta Sala a dictar sentencia dentro del proceso de tutela T-6.855.684.

#### IV. CONSIDERACIONES

##### 1. Competencia

##### 2. Planteamiento del problema jurídico

2.1. De acuerdo con la situación fáctica descrita en los antecedentes de esta providencia, el problema jurídico que le corresponde resolver a la Corte en el presente caso consiste en determinar si Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social del ciudadano Jaime Alberto Campos Jácome, como consecuencia de negarse a liquidar la deuda que actualmente tiene con esa entidad respecto de los aportes que omitió realizar como trabajador independiente durante el período comprendido entre el 1º de febrero de 2003 y el 31 de julio de 2006, a fin de que, una vez efectuado el pago de la suma correspondiente –incluidos los intereses de mora causados–, este le sea aplicado con efecto retroactivo a los ciclos vencidos en su historia laboral.

2.2. Con el propósito de resolver dicho interrogante, previamente, la Sala Tercera de Revisión abordará los siguientes temas: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela ante la existencia de otros medios judiciales de defensa; (ii) el marco normativo que regula la afiliación y cotización al Sistema General de Pensiones de los trabajadores dependientes e independientes; y (iii) las reglas establecidas por la Corte Constitucional, en casos semejantes, respecto del pago extemporáneo de aportes por los trabajadores independientes y su aplicación retroactiva a los períodos reportados en mora en la historia laboral.

##### 3. Procedencia de la acción de tutela

##### 3.1. Legitimación por activa

3.1.1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un

mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares, en los casos específicamente previstos por la ley.

3.1.2. En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta el ejercicio de la acción de tutela, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el defensor del pueblo y los personeros municipales.”

3.1.3. En el caso sub judice, el demandante es un ciudadano mayor de edad que actúa, por sí mismo, en defensa de sus derechos e intereses, razón por la cual se encuentra legitimado en la causa por activa para promover el presente amparo constitucional.

3.2.1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2 del Decreto 309 de 2017[9], la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) es una entidad pública de carácter especial que tiene por objeto la administración del régimen de prima media con prestación definida del sistema general de seguridad social.

3.2.2. En ese orden, según lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente asunto, dada su calidad de autoridad pública, y en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

### 3.3. Subsidiariedad

3.3.1. Este tribunal ha señalado, de manera reiterada y uniforme, que la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial dotado de un carácter subsidiario y residual, en virtud

del cual, es posible, a través de un procedimiento preferente y sumario, obtener el amparo inmediato de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos expresamente previstos por el legislador.

3.3.2. El carácter subsidiario y residual, significa entonces que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. A este respecto, el artículo 86 de la Constitución Política señala expresamente que “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

3.3.3. Bajo esa orientación, se entiende que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”[10].

3.3.4. Así las cosas, los conflictos jurídicos en los que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, en principio, deben resolverse a través de los distintos medios ordinarios de defensa previstos en la ley para estos efectos y, solo ante la ausencia de dichos mecanismos o cuando los mismos no resulten idóneos o eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es procedente acudir, de manera directa, a la acción de tutela.

3.3.5. Particularmente, tratándose del reconocimiento y pago de prestaciones de carácter pensional, en principio, esta acción tuitiva resulta improcedente por encontrarse comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal y de desarrollo progresivo, cuya protección debe procurarse a través de las acciones laborales –ordinarias o contenciosas–, según el caso. No obstante, de manera excepcional, se ha admitido su procedencia, cuando dichas acciones pierden eficacia jurídica para la consecución del objeto que buscan proteger, concretamente, cuando un análisis de las circunstancias fácticas del asunto en

cuestión o de la situación particular de quien solicita el amparo así lo determina. Tal es el caso, por ejemplo, de las personas de la tercera edad o que por su condición económica, física o mental se encuentran en situación de debilidad manifiesta, puesto que someterlas a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado y altamente lesivo de sus garantías fundamentales.

3.3.6. En esta oportunidad, encuentra la Sala que la decisión de Colpensiones de negarse a liquidar la deuda que el actor mantiene con esa entidad por concepto de aportes que omitió realizar al sistema general de pensiones antes de la entrada en vigencia del Decreto 3085 de 2007 es susceptible de ser controvertida ante la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, teniendo en cuenta que el actor es una persona de 85 años de edad, es indudable que la exigencia de agotar ese medio de defensa judicial resulta una medida ineficaz y desproporcionada, pues bien es sabido que el término de duración de un litigio de esta naturaleza podría superar su expectativa de vida haciendo nugatorio el goce efectivo de su derecho pensional.

3.3.7. Bajo ese entendido, la acción de tutela se erige en el único mecanismo que reúne la idoneidad y celeridad necesarias para el propósito de salvaguardar sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social.

### 3.4. Inmediatez

3.4.1. La eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales se encuentra relacionada directamente con la aplicación del principio de la inmediatez, presupuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales. Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, siendo el elemento de la inmediatez consustancial al amparo que este mecanismo brinda a los derechos de las personas, ello necesariamente conlleva que su ejercicio deba ser oportuno y razonable[11].

3.4.2. Respecto de la oportunidad para su presentación, esta corporación ha sido enfática en señalar que debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado

frente a la finalidad que persigue, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales[12].

3.4.3. Sobre esa base, será el juez de tutela el encargado de ponderar y establecer, a la luz del caso concreto[13], si la acción se promovió dentro de un lapso prudencial, de tal modo que, de un lado, se garantice la eficacia de la protección impetrada y, de otro, se evite satisfacer las pretensiones de aquellos que, por su desidia e inactividad, acudieron tardíamente a solicitar el amparo de sus derechos.

3.4.4. Según se expuso previamente, mediante escrito del 20 de febrero de 2018 Colpensiones dio respuesta a la solicitud presentada por el actor el 13 de septiembre de 2017. Sin embargo, comoquiera que la misma no resolvió de manera clara, precisa y congruente su requerimiento, el 13 de abril de 2018 –luego de notificársele la admisión de la acción de tutela– dicha entidad emitió respuesta de fondo en sentido desfavorable a sus pretensiones.

3.4.5. De este modo, la Sala encuentra que la exigencia de inmediatez también se encuentra debidamente acreditada en el asunto que se revisa, toda vez que el amparo constitucional se promovió en un término razonable y proporcional al hecho que originó la presunta vulneración, pues el actor radicó la correspondiente demanda el 6 de abril de 2018, es decir, 1 mes y 16 días después de la primera comunicación remitida por Colpensiones en respuesta a su solicitud de liquidación de aportes pensionales extemporáneos.

4. Marco normativo que regula la afiliación y la cotización al Sistema General de Pensiones de los trabajadores dependientes e independientes

4.1. La afiliación: clasificación de los afiliados

4.1.1. En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993, a través de la cual se creó el sistema de seguridad social integral, orientado a procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas mediante la protección de las contingencias que los afectan, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica. Bajo esa orientación, el diseño acogido por dicho estatuto para implementar el sistema de seguridad social integral, se estructuró a

partir de cuatro componentes básicos: (i) el sistema general de salud; (ii) el sistema general de pensiones; (iii) el sistema general de riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley.

4.1.2. Particularmente y por interesar a esta causa, el Sistema General de Pensiones, “tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones [a que haya lugar], así como propender por la ampliación progresiva de la cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”[14].

4.1.3. Dicho sistema está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: (i) el régimen solidario de prima media con prestación definida y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad. En cada uno de estos, la afiliación junto con la consecuente obligación de realizar aportes o cotizaciones, constituyen la fuente de su financiamiento, así como del reconocimiento y pago de las pensiones y otras prestaciones a que haya lugar. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de requisitos específicos que la ley exige para obtener determinadas prestaciones y que, de no encontrarse acreditados, tornan improcedente cualquier solicitud pensional.

4.1.4. Dentro de ese contexto, la Ley 100 de 1993, en su redacción original del artículo 15, distinguió dos tipos de afiliados al Sistema General de Pensiones: (i) afiliados obligatorios y (ii) afiliados voluntarios. A la primera de dichas categorías pertenecen todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos y los grupos de población que por sus características y condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disposiciones presupuestales. Por su parte, se consideran afiliados voluntarios a luz de dicho ordenamiento, los trabajadores independientes y, en general todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y no que no encuentren expresamente excluidos por la ley, así como 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.

4.1.5. Sin embargo, a partir de la reforma introducida por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003[15] –actualmente vigente–, el legislador equiparó el estatus de afiliación de los

trabajadores dependientes e independientes respecto de su obligación de pertenecer al sistema y, por tanto, dispuso que pasarían de ser afiliados voluntarios para convertirse en afiliados obligatorios, pero con la precisión de que las administradoras no podían negar su afiliación ni exigirles requisitos distintos a los expresamente previstos por las normas que los rigen (L. 100 de 1993, art. 15 modificado).

4.1.6. Así las cosas, desde la entrada en vigencia de la citada ley, los trabajadores que desarrollen alguna actividad económica en forma autónoma y bajo su propio riesgo, se encuentran necesariamente forzados a cotizar al Sistema General de Pensiones, de ahí que sean los únicos responsables de asumir el pago total de sus aportes y, por tanto, del déficit, insuficiencia o precariedad en el número mínimo de semanas exigido para obtener el reconocimiento de determinadas prestaciones. En ese sentido, no se trata entonces de la simple voluntad espontánea de esta categoría de afiliados de contribuir al sistema, sino de una verdadera obligación legal cuyo incumplimiento, en todo caso, genera consecuencias disímiles en comparación con los trabajadores dependientes, como pasa a explicarse a continuación.

4.2. La forma en que se efectúan las cotizaciones y las consecuencias de su incumplimiento

4.2.1. Las cotizaciones constituyen la fuente de financiamiento de las pensiones y demás prestaciones establecidas en el Sistema General de Pensiones. Se trata, entonces, del pago mensual que debe efectuarse durante toda la vida laboral del afiliado, equivalente a un porcentaje de los ingresos que percibe, recursos que constituyen verdaderas contribuciones parafiscales, tal y como lo ha entendido este tribunal[16].

4.2.2. En cuanto a la forma como deben efectuarse las cotizaciones, la normatividad vigente prevé distintas reglas según si se trata de trabajadores dependientes o independientes.

4.2.3. En el caso de los trabajadores dependientes –sean públicos o privados–, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 dispone que estos realizarán sus aportes mes vencido por intermedio del empleador, quien es el legalmente obligado a descontar de su salario el monto de la cotización y de trasladar dicha suma al correspondiente fondo de pensiones.[17] Conforme con dicha obligación, en el evento en que los aportes no sean consignados dentro del plazo señalado para el efecto, el artículo 23 siguiente, prevé que se

generará un interés moratorio a cargo del empleador incumplido, “igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios”[18].

4.2.4. Por su parte, en lo que respecta a los trabajadores independientes, la Ley 100 de 1993, en su texto original, se limitó a establecer un marco general sobre la forma como estos afiliados habrían de efectuar las cotizaciones al sistema, dejando abierta la posibilidad de que, por vía reglamentaria, el Ejecutivo regulara otros aspectos operativos.

4.2.5. Fue así como en ejercicio de dicha potestad, el presidente de la República expidió el Decreto Reglamentario 692 de 1994[19], por medio del cual reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993 y, en particular, el Sistema General de Pensiones. En lo que interesa al presente pronunciamiento, en su artículo 28 dispuso 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 fuera de texto).

4.2.6. De igual forma, mediante el Decreto Reglamentario 1406 de 1999[20], en similares términos estableció 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” (art. 35).

4.2.7. Del contenido de las citadas disposiciones se desprende, entonces, que el propósito de dicha reglamentación fue el de que los trabajadores independientes no fueran sancionados pecuniariamente por el incumplimiento en el pago de sus aportes, dado que este se realizaría de forma anticipada y no por mes vencido –a diferencia de los trabajadores dependientes–, de suerte que fuera posible el pago extemporáneo de períodos vencidos pero sin que ello surtiera efectos retroactivos, comoquiera que aplicaría únicamente a ciclos futuros[21].

4.2.8. Sin embargo, esta regla en torno a la imposibilidad del pago extemporáneo de aportes con efectos retroactivos fue tácitamente derogada por lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto Reglamentario 3085 de 2007, en el cual se estableció la causación de intereses moratorios a cargo de los trabajadores independientes cuando efectuaran el pago tardío de sus cotizaciones, es decir, con posterioridad al plazo señalado para el efecto.

Textualmente, el mencionado artículo 7º dispuso lo siguiente:

“Artículo 7º. 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”.

4.2.9. En consonancia con la anterior disposición, la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), al fijar una nueva regulación respecto del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los trabajadores independientes –por cuenta propia y con contrato diferente al de prestación de servicios–, determinó que este grupo de afiliados cotizaría “mes vencido” sobre un IBC mínimo del 40% del valor mensual de sus ingresos, sin incluir el IVA[22].

4.2.10. En ese orden de ideas, antes de que se expidiera la Ley 797 de 2003, los trabajadores independientes contribuían al sistema de pensiones de manera voluntaria y, como tal, asumían el pago total de las cotizaciones de forma anticipada, sin que hubiere lugar a la liquidación de intereses de mora en el evento en que incumplieran con el pago oportuno de sus aportes.

Posteriormente, a partir de la entrada en vigencia de la mencionada ley, se igualó la situación de los trabajadores dependientes e independientes y, en consecuencia, surgió para estos últimos la obligación legal de cotizar al sistema pensional. Sin embargo, de forma paralela a dicha regulación, no se creó un mecanismo que les permitiera saldar los períodos en mora –como ya existía para el resto de trabajadores–, deficiencia que vino a corregirse con la expedición del Decreto Reglamentario 3085 de 2007, el cual estableció la causación de intereses moratorios también respecto de los trabajadores independientes, calculados desde el momento del vencimiento del plazo para efectuar el aporte correspondiente. En tal virtud, actualmente, un trabajador independiente que no haya realizado oportunamente sus cotizaciones puede saldar la deuda pensional y, obtener, luego del pago de los respectivos intereses, el reconocimiento de los períodos que dejó de cotizar para que sean aplicados y contabilizados en su historia laboral.

4.2.11. Sin embargo, esta posibilidad ha suscitado dificultades prácticas debido a las

diversas interpretaciones en torno a la imputación con efectos retroactivos del pago extemporáneo de aportes, es decir, si este se aplica únicamente a los ciclos reportados en mora con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto 3085 de 2007 que, valga reiterar, permitió a los trabajadores independientes la cancelación de períodos vencidos junto con el pago de intereses de mora[23], o si, de igual manera, es conmutable a los tiempos dejados de cancelar a partir de que cobró vigencia la Ley 797 de 2003, o sea, desde que surgió para este grupo de afiliados la obligación de cotizar al sistema.

4.2.12. Sobre esta discusión, la posición de este tribunal ha sido la de señalar, con fundamento en el mandato contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, que debe seguirse la interpretación que resulta más favorable a los intereses del trabajador y, por lo tanto, la que en mayor medida protege otras garantías fundamentales como la seguridad social y el mínimo vital, conforme se expone en seguida.

5. Las reglas establecidas por la Corte Constitucional, en casos semejantes, respecto del pago extemporáneo de aportes por los trabajadores independientes y su aplicación retroactiva a los períodos reportados en mora en la historia laboral

5.1. Como ya se tuvo la oportunidad de mencionar, según lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3085 de 2007, actualmente es factible que un trabajador independiente, a pesar de no haber realizado las cotizaciones de forma oportuna, salde su deuda pensional con el sistema, mediante el pago de la suma que resulte de liquidar el valor de los ciclos vencidos -incluido el cálculo actuarial- más los respectivos intereses de mora, de suerte que, realizado esto, obtenga el reconocimiento de los períodos que laboró, pero que se abstuvo de cotizar cuando debía hacerlo.

5.2. Ahora bien, en cuanto a los efectos que tendría el pago extemporáneo de dichos aportes, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que este aplica a los períodos en mora desde el momento en que, teniendo la obligación de cotizar, se omitió hacer el pago correspondiente, esto es, a partir del 29 de enero de 2003, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 797 de 2003.

5.3. Lo anterior, partiendo de la aplicación retrospectiva del Decreto 3085 del 15 de agosto de 2007, norma que introdujo la causación de intereses moratorios y, por ende, la posibilidad de realizar aportes con posterioridad al vencimiento del plazo estipulado para

el efecto, no obstante que, antes de que entrara en vigor dicha medida, los Decretos 692 de 1994 y 1406 de 1999 establecían que, como el pago de las cotizaciones debía efectuarse de forma anticipada, aquellas que resultaran extemporáneas serían abonadas a períodos siguientes.

5.4. Puntualmente, en la sentencia T-377 de 2015[24] la Sala Octava de Revisión se pronunció por primera vez sobre este asunto, a propósito de la acción de tutela promovida por un trabajador independiente de 77 años de edad, a quien Colpensiones se negó a liquidarle los tiempos dejados de cotizar entre enero de 2004 y junio de 2006 más los intereses moratorios, por considerar que el pago extemporáneo de aportes no resultaba admisible para los trabajadores independientes, de modo que cualquier cotización que hiciera solo aplicaría a períodos futuros y no tendría, entonces, efectos retroactivos ni podría convalidar ciclos vencidos. En esa oportunidad, la Corte resolvió amparar el derecho fundamental a la seguridad social invocado por la parte actora y, en consecuencia, le ordenó a Colpensiones liquidar la deuda pensional del accionante –incluyendo el cálculo actuarial y los intereses de mora–, de manera que le fuera posible saldar su acreencia y tener un reporte actualizado de las semanas que efectivamente cotizó.

5.5. Los fundamentos jurídicos de dicha decisión, fueron reiterados y explicados, recientemente, en la sentencia T-150 de 2017[25], proferida por la Sala Primera de Revisión, en los siguientes términos:

“Dentro de sus consideraciones, la Sala señaló que el artículo 7 del Decreto 3085 de 2007 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 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, y además 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 desde la vigencia de la Ley 797 de 2003 y omitieron dicho deber con anterioridad al Decreto 3085 de 2007; prohibiendo de esa forma que les fuera posible saldar su deuda y poner fin a la obligación que en su momento

desacataron.

En estos términos, aclaró que aceptar el argumento expuesto por la Superintendencia Financiera en sus conceptos sería tanto como establecer una diferenciación desproporcionada e irrazonable entre los trabajadores independientes que incumplieron su obligación de pagar a tiempo sus aportes entre los años dos mil tres (2003) y dos mil siete (2007), y quienes omitieron dicho deber legal con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 3085 de 2007. Esta distinción en la práctica permitiría que quienes se encuentren en el primero de los eventos se vieran imposibilitados para sufragar su deuda y, en consecuencia, advirtieran postergado en el tiempo u obstaculizado, en algunos casos, el acceso a la eventual pensión a la que pudieran tener derecho, al tiempo que 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.

Por ello, afirmó la Sala de Revisión en la sentencia T-377 de 2015 que una hermenéutica favorable y retrospectiva de la disposición en estudio permitía concluir que (i) desde que existe la obligación del trabajador independiente de realizar los aportes, esto es, desde el veintinueve (29) de enero de dos mil tres (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) ante el incumplimiento de su compromiso, se configura la inobservancia de una obligación legal dada la naturaleza parafiscal de los dineros de los aportes y, por tanto, al materializarse el supuesto de hecho que prevé la norma, esto es, el vencimiento del plazo para efectuar el pago, se constituye la mora y esta puede y debe ser cancelada por el afiliado con sus respectivos intereses y cálculo actuarial sin perjuicio de la obligación de las entidades administradoras de fondos de pensiones de proceder a su cobro coactivo. En otras palabras, con fundamento en el derecho fundamental a la seguridad social y la especial connotación a los recursos que se encuentran relacionados con el Sistema de Seguridad Social, surge la posibilidad y el deber de entrar a sufragar con posterioridad los aportes al sistema que se omitieron pagar (pago retroactivo contabilizado al periodo reportado), saldando las deudas y obteniendo el reconocimiento de los periodos dejados de cancelar desde la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y proscribiendo la posibilidad de imputar retroactivamente esos pagos a momentos anteriores a la entrada en vigor de

dicha ley”[26] (negrilla fuera de texto).

5.6. Así las cosas, hasta lo aquí expuesto, es menester concluir que a partir de la reforma introducida al Sistema General de Pensiones por la Ley 797 de 2003, lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 3085 de 2007 y las reglas fijadas sobre su interpretación en las Sentencias T-377 de 2015 y T-150 de 2017, actualmente, los trabajadores independientes que, estando obligados a cotizar al sistema hayan incumplido con dicha obligación parafiscal, pueden saldar su deuda pensional, mediante el pago de la suma que resulte de liquidar el valor de las cotizaciones dejadas de cancelar –incluido el cálculo actuarial– más los intereses moratorios, el cual se aplicará para convalidar los tiempos reportados en mora en la historia laboral, siempre que estos correspondan a períodos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 797 de 2003, es decir, del 29 de enero de 2003, pues, en caso contrario, cualquier pago extemporáneo que se realice será imputable a los meses siguientes de haberse hecho efectivo el mismo. Ello, claro está, sin perjuicio de las acciones de cobro que pueda adelantar el respectivo fondo de pensiones con la finalidad de recaudar la cartera vencida.

5.7. Ahora bien, la antedicha regla deber precisarse, en el sentido de 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.

5.8. En el mismo sentido, debe destacarse 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.

## 6. Caso concreto

6.1. Según se expuso en los antecedentes de esta providencia, el señor Jaime Alberto Campos Jácome, quien en la cualidad cuenta con 85 años de edad, tiene acreditadas un total de 1.197 semanas cotizadas en su historia laboral discriminadas así: (i) 565 corresponden a aportes realizados a Cajas de Previsión Social dentro del período comprendido entre el 14 de enero de 1956 y el 6 de diciembre de 1977; (ii) 74.14 equivalen a cotizaciones efectuadas como trabajador dependiente entre el 1º de marzo de 1983 y el 31 de julio de 1984; y (iii) 558 corresponden a tiempos cotizados como trabajador “independiente” desde el 1º de julio de 2006 hasta el 28 de febrero de 2018.

6.2. Con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes regulada en la Ley 71 de 1988, el 13 de septiembre de 2017 el actor elevó petición antes Colpensiones para que le fuera liquidada la suma adeudada por concepto de cotizaciones que, como trabajador independiente, omitió realizar durante el período comprendido entre el 1º de febrero de 2003 y el 31 de julio de 2006, de suerte que, efectuado el pago correspondiente, fueran convalidados dichos tiempos en su historia laboral.

6.3. Sin embargo, en respuesta a su solicitud, la entidad accionada le informó que no era viable acceder a lo pretendido, toda vez que, conforme a los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la materia, para los trabajadores independientes el pago extemporáneo de aportes solo era viable por aquellos ciclos en mora posteriores a la entrada en vigencia del Decreto 3085 de 2007.

6.4. En consecuencia, ante el hecho constitutivo de lo que, a su juicio, comporta la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social, formuló la presente acción de tutela con el propósito de que se concediera el amparo de dichas garantías y, en tal virtud, se ordenara a Colpensiones acceder a su reclamación.

Para tal efecto, sostuvo que por su avanzada edad se le dificulta seguir ejerciendo la profesión de abogado y, de esta manera, continuar cotizando al régimen de prima media, de ahí que su digna subsistencia dependa del reconocimiento de la pensión de jubilación, prestación a la que podría tener derecho si se liquida la deuda pensional que actualmente tiene con el sistema y se le permite efectuar el pago de la suma correspondiente para que,

aplicado a los ciclos en mora, reúna el número de semanas exigidas para obtener dicha prestación conforme al régimen de transición.

6.5. En sede de primera instancia, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia proferida el 20 de abril de 2018, resolvió conceder la protección constitucional invocada y, en consecuencia, ordenó a Colpensiones proceder a liquidar, mediante cálculo actuarial, el valor de los aportes que el actor omitió realizar desde 1º de febrero de 2003 hasta el 31 de julio de 2006, junto con los intereses de mora, a fin de que, una vez se efectuara el pago correspondiente, este se viera reflejado en su historia en el respectivo ciclo reportado.

El operador judicial sustentó tal decisión en la postura según la cual, a partir de que se equiparó la obligación de los trabajadores dependientes e independientes de cotizar al sistema, se permitió a estos últimos realizar el pago extemporáneo de aportes con la inclusión de los intereses moratorios causados por su omisión, de manera que la suma debida resulta, entonces, imputable los respectivos ciclos dejados de cancelar que, en el caso del actor, son posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.

6.6. Recurrida oportunamente la anterior providencia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sentencia del 24 de mayo de 2018, decidió revocarla y, en su lugar, negar por improcedente la acción de tutela, por considerar que la recuperación de tiempos no cotizados en la oportunidad debida es una aspiración a la que no se puede accederse por vía del amparo constitucional, sino a través de los medios ordinarios de defensa dispuestos para tal fin.

6.7. Bajo ese contexto, como ya se advirtió, lo que le corresponde a la Sala de Revisión determinar en esta oportunidad es si la decisión de Colpensiones de no acceder a liquidar la deuda pensional del señor Jaime Alberto Campos Jácome, respecto de las cotizaciones que, como trabajador independiente, dejó de realizar entre el 1º de febrero de 2003 y el 31 de julio de 2006, por tratarse de períodos vencidos comprendidos en un lapso en el que, si bien era obligatorio para este tipo de afiliados contribuir al sistema, no existía la posibilidad de saldar la mora en el pago de los aportes, quebranta sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social.

6.8. Tal y como se puso de presente en párrafos anteriores, los trabajadores

independientes que, estando en la obligación de aportar al sistema hayan incumplido con el pago de sus cotizaciones, pueden, conforme al ordenamiento actual y la interpretación conforme a la Constitución que de él ha hecho este tribunal, saldar su deuda pensional, mediante el pago de la suma que resulte de liquidar el valor actualizado de los tiempos dejados de cotizar más los intereses moratorios, el cual debe aplicarse no solo a períodos en mora posteriores a la entrada en vigor del Decreto 3085 de 2007, sino también a aquellos ciclos vencidos a partir de la vigencia la Ley 797 de 2003. En caso contrario, cualquier pago anterior a ese margen temporal (29 de enero de 2003-15 de agosto de 2007) aun cuando admisible, resultará imputable a períodos futuros.

6.9. 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.

6.10 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

6.11. Por otra parte, según se advierte del resumen de su historia laboral, con fecha de actualización del 28 de febrero de 2018 –visible a folio 33 del cuaderno principal– no reporta semanas cotizadas durante el período comprendido entre 1º de febrero de 2003 y el 30 de junio de 2006 que, valga resaltar, es el único que registra en mora, y cuyo pago pretende hacer en su “totalidad”, a través de la presente acción de tutela. En este punto, es importante aclarar que, aun cuando en el escrito introductorio y durante todo el trámite de la acción de tutela se ha hecho referencia a que las cotizaciones en mora se extienden

hasta el “31 de julio de 2006”, una revisión detallada de este documento permite corroborar que esa información es errada, por cuanto allí se registra claramente que, desde el 1 al 31 de julio de 2006, Jaime Alberto Campos Jácome cotizó el equivalente a 4.29 semanas. Por lo tanto, el período durante el cual, efectivamente, omitió realizar sus aportes es el comprendido entre el 1º de febrero de 2003 y el 30 de junio de 2006.

6.12. Así las cosas, comoquiera que, en aquel momento, el accionante ya se encontraba obligado a efectuar cotizaciones al sistema por mandato de la Ley 797 de 2003, ante el incumplimiento de ese deber legal, Colpensiones no podía negarle la posibilidad de satisfacer su deuda pensional y, menos aún, sustraerse de la obligación de recaudo de esos dineros, que constituyen contribuciones parafiscales, pues su situación claramente se enmarca en los contornos definidos por esta Corporación para que proceda no solo la liquidación de dicha obligación en los términos explicados previamente, sino, también, la imputación del pago al respectivo período reportado en mora.

6.13. En esa medida, habrá de revocarse la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de mayo de 2018 y, en su lugar, confirmar parcialmente el fallo de primer grado dictado por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de abril de 2018, que concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social del actor. Esto, con el fin de modificar el numeral segundo de la parte resolutive de dicha providencia, en el sentido de que la liquidación de la deuda pensional allí ordenada abarca únicamente el período comprendido entre 1º de febrero de 2003 y el 30 de junio de 2006, es decir, que no se extiende al 31 de julio de 2006.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de mayo de 2018, dentro de la acción de tutela promovida por Jaime Alberto Campos

Jácome en contra de Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). En su lugar, CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de abril del mismo, que concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social del actor.

SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la Sentencia del 20 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de que la liquidación de la deuda pensional allí ordenada abarca únicamente el período comprendido entre 1º de febrero de 2003 y el 30 de junio de 2006, es decir, que no se extiende al 31 de julio de 2006.

TERCERO.- Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA T-501/18

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Se debió indicar que las cotizaciones extemporáneas no permiten revivir el régimen de transición (Aclaración de voto)

Expediente T-6.855.684. Acción de tutela presentada por Jaime Alberto Campos Jácome en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

1. Compartí la decisión de amparar los derechos fundamentales del accionante a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social y, en consecuencia, también la orden a Colpensiones de aceptar los pagos extemporáneos que como trabajador independiente, debió haber efectuado Jaime Alberto Campos Jácome, dado que, para tal período (1 de febrero de 2003 y 30 de junio de 2006) se encontraba vigente la Ley 797 de 2003 que precisó en el artículo 2, literal a) que “[l]a afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes”.

No obstante, para que ello proceda debe demostrarse que, en realidad, se trata de una verdadera y comprobada mora en el pago de la cotización y no una omisión en la afiliación por un período que no ha sido trabajado. Por tanto, no podría cotizar ciclos no reportados e inexistentes para la AFP, pues ello constituiría un fraude al sistema pensional.

2. La sentencia T-501 de 2018 debió indicar, con absoluta claridad, que tales cotizaciones no permiten, de ninguna manera, revivir el régimen de transición. No obstante que en la sentencia no se hace referencia a ello, una de las pretensiones del accionante era precisamente recuperarlo. Sin embargo, es necesario precisar que en el caso objeto de estudio, Jaime Alberto Campos Jácome, quien contaba con 1.197 semanas, podría -después de realizar los pagos extemporáneos- cumplir con las 1.300 semanas exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por la Ley 797 de 2003. En este último sentido, comparto la decisión adoptada.

Sin embargo, considero que la sentencia omitió –de forma explícita- censurar la posibilidad de realizar cotizaciones extemporáneas con el fin de recuperar un régimen que ya se agotó por mandato de la Constitución. Esta posibilidad debe estar claramente excluida, dado que, de lo contrario, podría desconocerse lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005:

“Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

De conformidad con lo anterior, a pesar de que las cotizaciones comprendan el período anterior a la extinción del régimen de transición, ello no puede servir de fundamento para excluir lo dispuesto en la Constitución. Lo cierto es que, al 25 de julio de 2005, el accionante no contaba con las cotizaciones requeridas para mantenerlo y, por lo tanto, no era posible beneficiarse de la ultra actividad prevista hasta el 31 de diciembre de 2014.

3. Las cotizaciones extemporáneas de los trabajadores subordinados, afectados por la mora patronal, no pueden seguir la misma línea de comprensión que se aplica a la mora de los trabajadores independientes. En el primero de los casos, el trabajador no puede verse afectado por una omisión del empleador, la cual es del todo ajena a su órbita de actuación. Otro es el supuesto del trabajador independiente que se afilia, pero que tiene algún ciclo en mora, supuesto bajo el cual podría proceder a cubrir los saldos en mora mediante el pago del respectivo cálculo actuarial que incluya todos los factores dejados de pagar.

4. A partir de lo anterior, comprendo que la sentencia respecto de la cual aclaro el voto, no abrió tal posibilidad dado que confirmó la sentencia del juez de primera instancia, que en ningún momento se refirió al régimen de transición. En esa dirección, se debe hacer explícito que ni en el planteamiento del problema jurídico ni en el desarrollo de los precedentes, se contempló esta posibilidad y, por tanto, cualquier consideración que sugiera una conclusión diferente, debe ser descartada, no sólo por no haberse estudiado, sino por ser contraria al Acto Legislativo 01 de 2005.

5. En adición a lo anterior y tal como lo sugerí en el curso de las deliberaciones respecto del

asunto sometido a consideración de la Corte, era necesario precisar el precedente fijado. En consecuencia, considero que se debe exigir un análisis probatorio especialmente detallado y exhaustivo cuando, prima facie, sea muy amplia la diferencia entre la totalidad del período efectivamente cotizado según la historia laboral-y el período de cotizaciones que se pretende efectuar de forma extemporánea, entre otras reglas, que acoten la razón de la decisión y supongan restringir algunas actuaciones que podrían conducir a un abuso del derecho en el sistema pensional.

6. Finalmente, aclaro mi postura frente a la manera en la que se argumentó y se entendió satisfecha la subsidiariedad en el caso concreto. La edad, por sí sola, no puede ser el único criterio para considerar que la acción de tutela es procedente y, en consecuencia, desplazar a los medios ordinarios.

En los anteriores términos y con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, aclaro mi voto.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

[1] 1º de abril de 1994.

[2] Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

[3] 29 de julio de 2005 (fecha final de publicación del Acto Legislativo).

[5] Resolución 52117 del 18 de febrero de 2016 y Resolución 3301 del 6 de enero de 2017.

[6] A folio 16 del cuaderno principal obra copia de la solicitud.

[7] El 20 de febrero de 2018, al actor recibió una primera respuesta por parte de Colpensiones, pero el correspondiente escrito fue incongruente, pues no se hizo referencia alguna a los aspectos planteados en su solicitud.

[8] Artículo 7º.

[9] “Por el cual se modifica la estructura de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–”.

[10] Consultar, entre otras, las sentencias SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-273 de 2006, T-093 de 2008, SU-037 de 2009, T-565 de 2009, T-424 de 2010, T-520 de 2010, T-859 de 2010, T-1043 de 2010, T-076 de 2011, T-333 de 2011, T-377A de 2011, T-391 de 2013, T-627 de 2013, T-502 de 2015 y T-022 de 2017.

[11] Sentencias T-1043 de 2010 y T-022 de 2017.

[12] Sentencias T-797 de 2013, T-022 de 2017 y T-153 de 2017.

[13] Sentencias T-604 de 2004, T-022 de 2017 y T-153 de 2017.

[14] Artículo 10 de la Ley 100 de 1993.

[15] Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

[16] Sentencias C-155 de 2004 y T-377 de 2015.

[17] Ley 100 de 1993, art. 22.

[18] Ley 100 de 1993, art. 23.

[19] “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993”.

[20] “Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones”.

[21] Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de agosto de 2010 [Rad. 35467], sostuvo lo siguiente: “Así las cosas, se impone concluir que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan

de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, como al parecer lo entiende el Instituto demandado, por efectuarse en un período que podría llamarse ‘extemporáneo, dado que, de lo establecido por el legislador, se deduce, sin duda, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tildadas de ‘irregulares’, habida consideración que siempre se harán para cada período ‘en forma anticipada’, y como dice la última norma citada, “si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”.

[22] “ARTÍCULO 135. Ingreso Base de Cotización (IBC) de los independientes. Los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), cotizarán mes vencido al Sistema Integral de Seguridad Social sobre un ingreso base de cotización mínimo del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de sus ingresos, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar, según el régimen tributario que corresponda.

[...]”

[23] Esta ha sido la posición asumida por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en las sentencias del 5 de diciembre de 2006 [Rad. 26728], del 18 de agosto de 2010 [Rad. 35467] y del 21 de agosto de 2013 [Rad. 42123]; la Superintendencia Financiera de Colombia en los conceptos núm. 2007048755-001 del 2 de mayo de 2008 y 2012015385-002 del 12 de septiembre de 2013; y Colpensiones.

[24] MP. Alberto Rojas Ríos.

[26] Sentencia T-150 de 2017.

[27] En efecto, en la sentencia C-083 de 1995 este Tribunal indicó que “No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los

artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado “por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe. // Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla “nemo auditur.” que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación”.