

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Ficha	CSJ_SCL_39712(05_04_11)_2011
Convenciones	
Color agua	Ratio Decidendi

**Magistrado Ponente:** CAMILO TARQUINO GALLEGO

Radicación No. [39712](#)

Acta No. 10

Bogotá, D.C., cinco (5) de abril de 2011.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 7 de noviembre de 2008, dentro del proceso ordinario laboral que en su contra promovió JAVIER DE JESÚS PÉREZ VÁSQUEZ.

#### **ANTECEDENTES**

JAVIER DE JESÚS PÉREZ VÁSQUEZ demandó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para que, previos los trámites del proceso ordinario laboral, fuera condenado a reajustarle la pensión de vejez, de conformidad con lo previsto en el artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, junto con el retroactivo generado, los intereses moratorios, y las costas del proceso.

Los hechos en que funda sus pretensiones, dan cuenta de que nació el 17 de abril de 1942, e hizo aportes al ISS desde 1971, hasta 1996, para un total de 980 semanas, según las Resoluciones por las cuales la entidad despachó negativamente su petición, al tiempo que admitió su condición de sujeto del régimen de transición. Dijo que, para satisfacer la densidad de semanas exigidas por el artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, cotizó 150 días, equivalentes a 21 semanas, y que, en

cumplimiento de la orden emitida por un juez de tutela, mediante Resolución 15795 de 28 de agosto de 2005, y basada en que los aportes realizados como trabajador independiente no estuvieron acompañados por los correspondientes a salud, la accionada se abstuvo de concederle la pensión, con lo cual, dice, no se atuvo al principio de favorabilidad; que no le han resuelto los recursos de reposición y apelación que interpuso.

En la contestación de la demanda (fls. 28 a 33), la apoderada del INSTITUTO se opuso a las pretensiones, y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, e imposibilidad de condena en costas. Aceptó la condición de sujeto del régimen de transición del actor, y la negativa a otorgarle el derecho reclamado; de los demás supuestos fácticos, dijo que no le constaban, pero los aceptaba, en caso de que fueran debidamente probados.

El 28 de diciembre de 2007, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Descongestión de Medellín, condenó al ISS a pagar al accionante \$19.272.800.00, por concepto de mesadas atrasadas, y a seguir sufragándole la pensión en el equivalente a un salario mínimo legal mensual, desde enero de 2008, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre. Le impuso intereses moratorios, y costas procesales.

#### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Merced a la apelación que interpuso la entidad accionada, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia de 7 de noviembre de 2008, confirmó la de primer grado. Advirtió, en principio, que:

“Si bien es cierto que algunos artículos del <sic, es ley> Decreto [797](#) de 2003 fueron declarados inexequibles mediante la Sentencia C-[1056](#) de 2003, por vicios de forma, también lo es que los artículos que fueron reglamentados parcialmente por el Decreto [510](#) de 2003 referentes a la afiliación voluntaria y obligatoria al sistema pensional, los requisitos, cuantía de la pensión la base de cotización etc, no fueron objeto de inexequibilidad, con excepción del art. [14](#) referente a la garantía de la pensión mínima de vejez, que fue declarado inexequible mediante la sentencia C [797](#) de 2004, como tampoco lo ha sido el Decreto últimamente señalado”.

Aludió al contenido de los actos administrativos que negaron el reconocimiento impetrado por el afiliado, y particularmente, respecto del que puso fin a la vía administrativa; acotó que allí se aclaró que el actor registra cotizaciones para IVM entre el 1º de marzo y el 1º de agosto de 2004 - 21 semanas-, como trabajador independiente, con vinculación al SISBEN, “por lo que estas semanas cotizadas no son incluidas a efectos de determinar el derecho a la pensión de vejez, porque según ley [797](#) de 2003 y su Decreto reglamentario [510](#) de 200 (sic), vigentes para la época de las cotizaciones en pensiones, ha debido efectuarse de manera simultánea a la de salud en el régimen contributivo, lo cual no aconteció en el caso del asegurado”. Reprodujo los artículos [1º](#) y [3º](#), con sus parágrafos, del Decreto 510 de 2003, y señaló que:

“De la lectura de dichas disposiciones se puede colegir que la norma está dirigida a los trabajadores independientes que deben estar afiliados al Sistema General de Pensiones y cuya cotización debe corresponder a los ingresos que efectivamente perciban, y nunca inferior al Salario Mínimo Mensual vigente, límite que también le es aplicable en materia del Sistema de Seguridad Social en Salud, es decir uno y otro deben tener la misma base de cotización.

Ahora, el párrafo de la citada norma hace referencia a los trabajadores dependientes que deban realizar cotizaciones adicionales como independientes o por contrato de prestación de servicios, en cuyo caso si estos pretenden que los ingresos se acumulen para la liquidación de la pensión,

sobre los mismos ingresos debieron haber realizado los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, so pena de que en caso de que los aportes en salud superen los de pensión, no sean tenidos en cuenta para liquidar esta última.

Adviértase que la citada norma se refiere exclusivamente a aquellos casos en que el afiliado –trabajador dependiente- percibe salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo periodo de tiempo, en cuyo caso las cotizaciones deben ser efectuadas en forma proporcional al salario o ingreso devengado de cada uno de ellos, los cuales se acumulan sin exceder el tope legal, y en cuyos casos es necesario que las cotizaciones al sistema de salud se haga[n] sobre la misma base.

Lo que está diciendo la norma en comento es que si tales trabajadores pretenden que los salarios o ingresos adicionales sean tenidos en cuenta para pensiones, deben cotizar igualmente en salud, sobre ellos. No deja entrever la norma la idea de que si el trabajador cotiza en pensiones pero no en salud, no se le deban tener en cuenta sus cotizaciones, como lo interpreta el apelante.

Al respecto, el Ministerio de Protección Social en concepto 134579 de enero 12 de 2005, dijo lo siguiente:

<Así mismo, el artículo [29](#) del Decreto 1406 de 1999 establece que:

Los trabajadores que tengan un vínculo laboral o legal y reglamentario y que, además de su salario, perciban ingresos como trabajadores independientes, deberán autoliquidar y pagar el valor de sus aportes al SGSSS en lo relacionado con dichos ingresos.

De esta manera, y conforme a lo anterior citado, quienes tengan ingresos adicionales, deberán efectuar aportes al sistema general de seguridad social en salud por dichos ingresos, en el desarrollo del principio de solidaridad previsto en nuestra Constitución Política, artículos [48](#) y [49](#), y Ley 100 de 1993, artículo [2º](#); por aplicación de los artículos [52](#) y [63](#) del Decreto 806 de 1998 y artículo [29](#) del Decreto 1406 de 1999, relativos a aportes íntegros al sistema general de seguridad social en salud, sin exceder del tope máximo establecido en la ley [797](#) de 2003 y el decreto [510](#) de 2003, en 25 SMLMV, y sin perjuicio de los descuentos realizados a salud por concepto de su mesada pensional>

En el caso que ocupa nuestra atención, la entidad demandada define que la normatividad aplicable al caso del asegurado es la ley 100 de 1993 la cual consagra los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el art. [33](#), esto es, 60 años de edad por tratarse de varón y 1000 semanas cotizadas.

Esta entidad no discute vía apelación, la inobservancia del requisito de la edad, pero sí el de las semanas cotizadas, y respecto de estas últimas, admite que el asegurado cuenta 980 semanas, más 21 semanas correspondientes al período comprendido entre el 01 de marzo y el 01 de agosto de 2004, que cotizó como trabajador independiente, y en cuyo período no cotizó a salud.

Con base en la interpretación antes hecha por esta Sala, las mesadas pensionales aportadas por el asegurado en su calidad de trabajador independiente correspondientes al período comprendido entre el 01 de marzo y el 01 de agosto de 2004, esto es, 21 semanas deberán ser tenidas en cuenta para efectos de concederle al demandante su pensión de vejez”.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, propone el recurrente que se case totalmente la sentencia acusada, para que, en sede de instancia, revoque íntegramente la de primer grado, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones, con costas como corresponda.

Con fundamento en la causal primera, el impugnante formula un cargo, sin réplica.

### ÚNICO CARGO

Lo presenta por la vía directa, “por INTERPRETACIÓN ERRÓNEA del artículo [3º](#) del Decreto 510 de 2003, reglamentario del artículo [5º](#) de la Ley 797 de 2003, lo cual condujo a la APLICACIÓN INDEBIDA de los artículos [33](#) y [141](#) de la Ley 100 de 1993, primera disposición que fue modificada por el artículo [9º](#) de la Ley 797 de 2003, y a la INFRACCIÓN DIRECTA de los artículos [1º](#), [2º](#), [37](#), [153](#) y [203](#) de la Ley 100 de 1993”.

En la demostración, copia un pasaje del fallo que cuestiona, y dice que:

“El Tribunal condenó al Seguro Social a pagar una pensión de vejez con base en que, con las cotizaciones que efectuó el actor como trabajador independiente, alcanzaba a cumplir con el requisito legal del mínimo de semanas sufragadas.

Pero el ad quem interpretó erradamente el artículo [3º](#) del Decreto Reglamentario 510 de 2003, ya que a través de dicha norma sí se buscó sancionar la conducta de quienes, como empleados independientes, no cotizan, teniendo la obligación legal por tener capacidad de pago, al Sistema General de Salud (artículos [157](#) y [203](#) de la Ley 100 de 1993).

Y, como el Sistema de Seguridad Social Integral creado mediante la Ley [100](#) de 1993 consagró dentro de sus principios, precisamente, la integralidad, no se puede incentivar conductas elusivas o evasoras hacia el Sistema. Si los cotizantes no demuestran que, en su calidad de trabajadores independientes con capacidad de pago, estaban afiliados al Régimen contributivo en salud y, además, al Sistema General en pensiones e, igualmente, que efectuaban sus aportes sobre el mismo ingreso base de cotización (I.B.C.), los períodos cotizados para pensiones no se pueden tener en cuenta. Se deben desechar por ser fraudulentos e ilegales, como, en efecto, lo hizo la entidad demandada.

Por lo tanto, el Juzgador de segundo grado cometió un error mayúsculo y definitivo al no analizar correctamente el mencionado artículo [3º](#) del Decreto Reglamentario 510. De éste se desprende inequívocamente, mediante una interpretación teleológica, sistemática y literal, que al actor no se le podían tener en cuenta para efectos del cómputo de semanas cotizadas las que sólo sufragó para uno de los subsistemas, evadiendo su deber con el otro.

En consecuencia, una vez descontados los tiempos sufragados en forma irregular, el señor Pérez Zapata no logró reunir el mínimo de tiempo que exige la normatividad aplicable para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Esta misma situación fáctica debe presentarse frente a los trabajadores dependientes si no están afiliados y cotizando sobre el mismo ingreso base al Sistema de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos profesionales. Afortunadamente, con la nueva planilla única, esto es forzoso en la práctica, pero, en el pasado, como sucedió con el demandante, la obligatoriedad legal se podía burlar.

(---)-

En conclusión, en aras de asegurar el principio fundamental de la Seguridad Social, la solidaridad, y para poder garantizar su supervivencia, conductas ilegítimas, abusivas, de mala fe y fraudulentas como las que se presentaron en este caso deben ser sancionadas. Tan este fue el objetivo del artículo 3° del Decreto Reglamentario 510 de 2003, que se estableció la restitución de lo cotizado irregularmente mediante la fórmula que opera para la devolución de saldos y la indemnización sustitutiva”.

#### SE CONSIDERA

En la sentencia de 18 de agosto de 2010, radicación [35329](#), dictada en un proceso con perfiles fácticos y jurídicos muy similares, a los que en el presente caso se ventilan, la Sala fijó su criterio en torno a la interpretación del artículo 3° del Decreto 510 de 2003. Así se dejó asentado que:

“La vía de ataque seleccionada por la censura, supone que no están en discusión supuestos fácticos tales como que ARTURO SALCEDO MURCIA, nació el 14 de octubre de 1934, y cotizó las mil semanas que exige el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, norma aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Tampoco, que las cotizaciones destinadas a cubrir el riesgo de vejez, efectuadas como trabajador independiente por el demandante, entre junio de 2003 y agosto de 2004, no fueron acompañadas por los aportes al sub sistema de salud.

A la Corte corresponde dilucidar si las cotizaciones sufragadas en el período comprendido entre junio de 2003 y agosto de 2004, que suman 68,5 semanas, son o no válidas, en virtud de lo establecido en el artículo 3° del Decreto 510 de 2003.

El Decreto [510](#) de 2003 reglamentó el 5° de la Ley 797 de 2003 que, que en lo concerniente al tema debatido, establece en su parágrafo único, que:

<En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y éstas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base. En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del fondo de solidaridad pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo a lo previsto en la presente ley>.

A su vez, la norma reglamentada, recién transcrita, modificó el artículo 18 de la Ley 100, cuyo título era “BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES DE LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO”, que pasó a llamarse simplemente “BASE DE COTIZACIÓN”, empero, el artículo siguiente, incluso en la versión introducida por el artículo 6° de la Ley 797 de 2003, conservó el epígrafe de “BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES”, según el cual, <Los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o como servidores públicos, cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos. (...). En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente>.

Aunque no se expresó así en el texto de la sentencia gravada, la exégesis del fallador de segundo grado, no es alejada de lo que una adecuada sindéresis del ordenamiento legal permite, toda vez que la regulación de diferentes hipótesis en artículos separados, es reveladora de que se trata de dos situaciones distintas que, desde luego, y en perspectiva de una solución que guarde simetría con el tratamiento de la norma legal, debe ser distinta.

Así las cosas, si el artículo [6º](#) de la Ley 797 de 2003, que es el que gobierna lo concerniente a las cotizaciones de los trabajadores independientes, no descalifica las cotizaciones para pensión realizadas por un trabajador en esta condición, que no aporta para salud, no puede el intérprete hacer extensiva a esta situación, la solución prevista en un precepto legal diferente, pues ello iría en contravía de claros principios de hermenéutica jurídica, como el que prohíbe la imposición de una sanción a un supuesto fáctico no contemplado legalmente; en otras palabras, existe imposibilidad de aplicar por vía analógica una sanción a una conducta no definida previa y restrictivamente como irregular, que es lo que en realidad se presenta cuando se castiga con ineficacia, las cotizaciones para pensión de vejez, no acompañadas de los respectivos aportes al sistema de salud.

En consecuencia, el entendimiento que el Tribunal tuvo del artículo [3º](#) del Decreto 510 de 2003, en relación con el artículo [5º](#) de la Ley 797 de 2003, en cuanto estimó que bajo su égida, sólo se encuentran las personas que, siendo trabajadores subordinados, perciben un ingreso adicional como independientes, que no los que sólo cotizan en esta segunda condición, por lo que se colige, como la solución que se advierte más acertada en este caso, si se tiene en cuenta, además, que las cotizaciones para pensión, se hicieron sobre un salario mínimo legal.

En conclusión, el cargo no prospera,(...)'.

En consecuencia, por lo menos bajo el imperio de la normatividad vigente para el año 2004, el mecanismo diseñado por el legislador en función de hacer realidad principios caros al esquema de seguridad social integral, como el de la solidaridad, sólo cobija a los trabajadores que siendo dependientes, obtienen ingresos adicionales como independiente, caso en el cual, en aras de que éstos sean integrados a la base de liquidación, deben aportar en igual cuantía para el sistema de salud, empero, si sólo obtuvo ingresos como trabajador independiente, la ausencia de cotizaciones en salud, no torna ineficaces las cotizaciones para pensión.

Y es que, a partir de la redacción del párrafo del artículo [3º](#) del Decreto 510 de 2003, la exclusión de las cotizaciones que no se hubieren realizado acorde con los parámetros del precepto legal, se traduce en una sanción para las personas que no hubieren acatado el mandato, no aplicable sino a quienes se encuentren en las precisas condiciones que regula la norma, en virtud del principio de legalidad.

Desde luego que, en aras de alcanzar el objetivo antes mencionado, existe la posibilidad de acudir a las herramientas que la Ley consagra, para obtener su recaudo.

En ese orden, si no está en discusión que el señor PÉREZ VÁSQUEZ cuenta 1001 semanas de aportes, y cumplió 60 años de edad, es claro que acredita los requisitos exigidos por el artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, sin que, por lo expuesto, sea viable jurídicamente, restarle las 21 semanas cotizadas entre marzo y julio de 2004.

A pesar de la improsperidad del recurso, no se condena en costas por el recurso extraordinario, dado que no se formuló oposición.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 7 de noviembre de 2008, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso que JAVIER DE JESÚS PÉREZ VÁSQUEZ promovió contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Sin costas en casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

CAMILO TARQUINO GALLEGO

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

