



SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE
Magistrado Ponente

Radicación N° 42693
Acta N° 19

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil once (2011).

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandada, contra la sentencia dictada el 19 de junio de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario que **TACIO DE JESÚS DOMÍNGUEZ VILLAMIL**, le adelanta al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Téngase al doctor **ARGENOL COGOLLO MEJÍA**, como apoderado del demandante opositor, en los términos y para los efectos del memorial poder que obra a folios 35 del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

El mencionado accionante demandó en proceso laboral al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, en procura de que se le condenara a su favor, al



EXP. 42693

reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año, a partir del 1° de enero de 2005, junto con la indexación del ingreso base de liquidación, las mesadas causadas y adicionales, los incrementos de ley, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte extra o ultra petita, y las costas.

En sustento de tales pedimentos, manifestó que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, siendo el último empleador la empresa Crown Litometal; que por haber nacido el 19 de junio de 1937, cuando entró a regir la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad, y por consiguiente era beneficiario del régimen de transición y que al arribar a la edad de los 60 años solicitó la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante resolución No. 002848 de 1997, bajo el argumento que sólo aportó 753 semanas.

Adujo que, continuó cotizando como independiente, luego de un tiempo volvió a peticionar dicha prestación pensional, y el ISS con resoluciones Nos. 04958 de 2004, 6543 de 2005 y 0353 de 2006, se abstuvo de reconocerle tal derecho, por tener apenas 990 semanas de cotización, en la medida que no tuvo en cuenta lo aportado desde el 1° de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2004, *“por no haberse cotizado al riesgo de salud”*; que esas últimas semanas debieron contabilizarse, dado que con aquellas se satisface el requisito de las 1.000 semanas exigidas, alcanzando 1.038,2 y/o 1.094,28 semanas cotizadas que son suficientes para acceder a la pensión de vejez y que elevó reclamación el 7 de diciembre de 2006, sin obtener respuesta alguna.



II. RESPUESTA DE LA DEMANDA

La entidad convocada al proceso al dar contestación a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas. En relación con los hechos, admitió la condición de afiliado del demandante, la solicitud que éste elevó para el reconocimiento de su pensión de vejez y su negativa a concederla, al no tener la densidad de semanas requerida, pues el período comprendido entre el 1° de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004 no es dable contabilizarlo *“por no haber cotizado en salud”*. Respecto de los demás supuestos fácticos, señaló que unos no le constaban y que otros no eran ciertos. Propuso como excepciones, las que denominó inexistencia de la causa petendi, cobro de lo no debido, presunción de buena fe, prescripción, y las que se declaren de oficio por resultar probadas en el proceso.

En su defensa argumentó que, no es posible otorgar al actor la pensión de vejez por cuanto no reúne los requisitos exigidos por los reglamentos del ISS, Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año, pues no cotizó las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de los 60 años, ni las 1.000 semanas en cualquier tiempo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, puso fin a la primera instancia, con la sentencia que data del 5 de octubre de 2007, en la



EXP. 42693

que declaró probada la excepción de inexistencia de la causa petendi propuesta por la demandada y se abstuvo de imponer costas.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la anterior determinación, apeló la parte actora, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante sentencia del 19 de junio de 2009, revocó el fallo de primer grado, para en su lugar declarar no probada la excepción de prescripción, condenar al Instituto de Seguros Sociales, a reconocer y pagar la pensión de vejez, en cuantía igual al salario mínimo mensual legal vigente, a partir del 1° de enero de 2005, con los reajustes legales y mesadas adicionales, así como un retroactivo pensional por la suma de \$26.567.200,00 generado hasta la fecha de la decisión de segundo grado, junto con la cancelación de los intereses de mora consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 1° de mayo de 2005, imponiendo las costas de la primera instancia a la parte vencida, sin que se hubieran causado en la alzada.

El ad quem comenzó por hacer un recuento de las pruebas obrantes en el plenario, entre ellas las resoluciones proferidas por la entidad demandada negando la pensión de vejez, y luego estimó que la normatividad que gobierna la situación pensional del demandante es el Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por virtud del régimen de transición del cual el demandante era beneficiario. Centró la discusión en la validez de las cotizaciones efectuadas como trabajador independiente para el período



EXP. 42693

habido del 1° de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2004, pues según el ISS no existen registros del pago en salud.

Así las cosas, la Colegiatura, apoyada en una sentencia de tutela de la Corte Constitucional T-072 del 31 de enero de 2008, que trató el tema de la falta de cotización en salud del trabajador independiente, la cual transcribió en extenso, concluyó que el ISS debió tener en cuenta dichos aportes al momento de determinar el número de semanas cotizadas, lo que permite obtener la prestación por vejez, y en esas condiciones al remitirse a la última resolución expedida por la administradora de pensiones, valga decir, la No. 0353 del 8 de marzo de 2006, donde se da cuenta de **934 semanas** cotizadas tomadas como válidas, que al sumarle las correspondientes al lapso controvertido que equivalen a **68,5714 semanas**, arroja un total de **1002,57 semanas** que resultan suficientes para otorgar el derecho reclamado, que corresponde a un monto igual al salario mínimo legal.

Agregó que, como fue propuesta la excepción de prescripción, era de observar que el derecho a la pensión nació el 1° de enero de 2005, la vía gubernativa fue agotada el 8 de marzo de 2006 con la resolución que resolvió la apelación contra el acto que negó la prestación, y la demanda se presentó el 13 de febrero de 2007, lo que significa que, se reclamó en tiempo dentro de los tres años previstos en el artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., debiéndose declarar no probado ese medio exceptivo.

Y frente a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los estimó procedentes, conforme a los lineamientos



EXP. 42693

trazados por la Sala de Casación Laboral de la Corte, y para tal efecto reprodujo lo dicho en la sentencia del 15 de agosto de 2006 radicado 27268, ordenando su pago desde el 1° de mayo de 2005, que fue la fecha en que es dable entender que en este asunto el ISS quedó en mora.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

La censura con el recurso extraordinario, persigue según lo dijo en el alcance de la impugnación, que se **CASE** la sentencia del Tribunal, y en sede de instancia, la Corte confirme el fallo absolutorio del a quo.

Con tal propósito formuló dos cargos que no fueron replicados, los cuales se estudiarán conjuntamente, por estar orientados por la misma vía, denunciar similar conjunto normativo, valerse de una argumentación común que se complementa, y perseguir idéntico fin.

VI. PRIMER CARGO

Acusó la sentencia recurrida de violar la ley sustancial por la vía **directa**, en los conceptos de **infracción directa** de los artículos “157, 160, 201 y 204 de la Ley 100 de 1993; los artículos 22 y 23 del Decreto 326 de 1996; los artículos 25 y 26 del Decreto 806 de 1998; los artículos 3° y 5° de la Ley 797 de 2003 y el artículo 3° del Decreto 510 de 2003”, y **aplicación indebida** de los artículos “12 del Acuerdo 49 de 1990 (Dto. 758/90, Art. 1°) y el artículo 141 de la Ley 100 de 1993”.



EXP. 42693

Para la demostración del cargo, el censor comenzó por decir, que el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece la obligación de “*todo colombiano*” de afiliarse al servicio esencial de salud, ya sea como afiliado al régimen contributivo o al subsidiado, y entre ese continente de personas se encuentran “*los trabajadores independientes con capacidad de pago*”, que es la situación predicable del aquí demandante. Éste, por haber efectuado aportes al sistema de pensiones, denota que ostenta dicha capacidad de pago, a más de que no hizo manifestación sobre alguna su “*incapacidad de pago*” para que quedara excusado del deber de afiliarse a salud. Todo ello conduce a que se configuró la infracción directa del citado precepto legal.

Adujo que, igualmente el Tribunal ignoró el artículo 160 de la Ley 100 de 1993 ordinales 2°, 3° y 4°, al no haber advertido el deber de los afiliados al sistema general de seguridad social de “*afiliarse con su familia*” a salud, así como de pagar el valor de la cotización que corresponda, y suministrar la información veraz, clara y completa sobre el ingreso base de cotización.

Señaló que el artículo 201 de la nueva ley de seguridad social que también fue ignorado por el sentenciador, en armonía con las normas antes mencionadas, determina la conformación del sistema general de seguridad social en salud, donde “*coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración (subrayo), un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculación del Fondo de Solidaridad y Garantía*”.

A reglón seguido, expresó que la sentencia impugnada de la misma manera violó la ley, por haber infringido directamente los artículos 22 y 23 del Decreto 326 de 1996 y los artículos 25 y 26 del Decreto 806 de 1998, que



EXP. 42693

imponen el deber a los trabajadores independientes de “pagar las cotizaciones al sistema de seguridad social integral”, entre las que se cuenta claramente la de “cumplir con las obligaciones al sistema general de seguridad social en salud y riesgos profesionales”.

Sostuvo que la Sala en sentencia del 10 de marzo de 2009 radicado 34553, dijo que los trabajadores independientes para la época de vigencia del texto original del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 “no tenían imperativa inclusión en el sistema de salud”, pero al reformarse ese precepto legal mediante el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, esa afiliación y pago de cotización se tornó en obligatoria, conforme al literal d) del artículo 26 del Decreto 806 de 1998, por lo que se concluye que el actor únicamente cotizó para pensión validamente un total de 934 semanas, de las cuales sólo 292 semanas fueron aportadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad, sin completar el citado afiliado las 1.000 semanas, lo que significa que la alzada al conceder el derecho en esas circunstancias con una gravosa condena por intereses de mora, infringió directamente la ley.

VII. SEGUNDO CARGO

Atacó la sentencia de segundo grado, por la vía **directa** y en la modalidad de **interpretación errónea** de los artículos “3° y 5° de la Ley 797 de 2003 y el artículo 3° del Decreto 510 de 2003”, y por haber **aplicado indebidamente** los artículos “12 del Acuerdo 49 de 1990 (Dto. 758/90, Art. 1°) y ..141 de la Ley 100 de 1993”.



EXP. 42693

En la sustentación del cargo, el recurrente argumentó que los aportes para pensión pagados por el actor, entre el 1° de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, como trabajador independiente, no pueden ser tenidos en cuenta *“en el conteo de tiempos por cuanto no existen registros de pago en salud”*, y por ende la *“ilegal decisión de condenar al Instituto de Seguros Sociales a pagar la pensión de vejez está sustentada en una errónea interpretación de la ley que se hizo en un fallo de tutela y que el tribunal de instancia siguió a pie juntillas”*, refiriéndose el censor a la sentencia de tutela en que se apoyó el Tribunal, T-072 del 31 de enero de 2008, que es el real sustento de la decisión.

Arguyó que, en vista de que la interpretación equivocada contenida en la mencionada tutela que tomó prestada el Tribunal, no coincide con la *“interpretación hecha por la Sala de Casación Laboral en la sentencia de 10 de marzo de 2009 (Rad. 34553), se impone concluir que el fallo violó la ley”*, por haber igualmente interpretado erróneamente las normas denunciadas.

Aseveró que también debe tenerse en cuenta, que de la regulación sobre la materia tratándose de trabajadores independientes, *“no se desprende que fuera facultativo el afiliarse al sistema de salud una vez de optaba por voluntariamente afiliarse al sistema pensional, pues, conforme quedó explicado en el primer cargo, tanto de lo preceptuado por los artículos 157, 160 y 201 de la Ley 100 de 1993 como de lo establecido en los artículos 22 y 23 del Decreto 326 de 1996 y los artículos 25 y 26 del Decreto 806 de 1998, no puede racionalmente concluirse nada diferente a que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 existía también para quienes eran <trabajadores independientes> la obligación de afiliarse al sistema general de seguridad social en salud -que hace parte del sistema de seguridad social integral junto con sistema general de pensiones- y que, por*



EXP. 42693

consiguiente, si quien trabajaba por su cuenta únicamente hacía aportes para el sistema pensional y omitía hacerlo en el sistema de salud, el Instituto de Seguros Sociales no violaba la ley porque para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez excluyera esas cotizaciones, en este momento dicha cuestión jurídica carece de relevancia, pues en este caso quedó probado que las cotizaciones que el tribunal tomó en cuenta para ilegalmente adicionar las 934 semanas reconocidas en la resolución 353 de 8 de marzo de 2006 y así completar las mil cotizaciones exigidas en el artículo 12 del Acuerdo 49 de 1990, son <las correspondientes al lapso del 1 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2004, que según el reporte allegado en ésta (sic) instancia se calculan en 68,5714> (folio 52, C. del tribunal). Esto significa que para el tribunal completar las mil semanas de cotizaciones incluyó en dicha cuenta lo aportado como trabajador independiente por Tacio de Jesús Domínguez Villamil desde el 1° de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2004, cotizaciones que fueron excluidas por el Instituto de Seguros Sociales porque el aportante no había cumplido con su obligación de pagar <también la cotización obligatoria en salud conforme con el literal d) del artículo 26 del Decreto 806 de 1998>, no obstante que debía hacerlo porque el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, al reformar el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, <excluyó a los trabajadores independientes del grupo de afiliados voluntarios, para incluirlos en el de los obligatorios, lo que conlleva también la cotización obligatoria en salud conforme con el literal d) del artículo 26 del Decreto 806 de 1998>, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia de 10 de marzo de 2009”.

Y finalmente adujo que al no haber lugar a reconocer la pensión de vejez al accionante, no puede haber mora en el pago de las mesadas y, en consecuencia, al condenarse por intereses moratorios, fue aplicado indebidamente el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



EXP. 42693

VIII. SE CONSIDERA

Como primera medida, cabe anotar que, dada la vía escogida para orientar los ataques, los siguientes supuestos fácticos están probados y no son materia de cuestionamiento en la esfera casacional:

(I) Que el demandante era beneficiario del régimen de transición, por tener más de 40 años de edad al 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, siendo aplicable para obtener la pensión de vejez el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

(II) Que conforme a la última resolución expedida por el Instituto de Seguros Sociales No. 0353 del 8 de marzo de 2006, al actor le fueron validadas un total de 934 semanas cotizadas.

(III) Que el ISS no tuvo en cuenta los aportes para el riesgo de vejez por dicho afiliado en calidad de trabajador independiente, en el lapso del 1° de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2004, en un equivalente a 68,57 semanas, *“por no haber cotizado en salud”*.

Así las cosas, el conflicto se circunscribe a establecer si se deben tener en cuenta las mencionadas **68,57 semanas** cotizadas por el accionante al Sistema General de Pensiones, durante los ciclos de **enero de 2003 a diciembre de 2004**, en donde no se incluyó dentro de lo que canceló por aportes al ISS, la correspondiente cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud; y, de ello depende que se puedan sumar o no ese número de semanas, a las 934 que ostenta el afiliado y reconoce el ISS, a efectos de



EXP. 42693

completar las 1.000 semanas de cotización exigidas por los reglamentos de esa entidad de seguridad social.

Vista la motivación de la sentencia impugnada y en relación al aspecto puntual de controversia, el Tribunal con apoyo en lo expresado por la Corte Constitucional en un fallo de tutela, coligió que las 68,57 semanas cotizadas como independiente por el actor y que no obstante fueron excluidas por el ISS, *“debieron tenerse en cuenta al momento de determinar el número de semanas con el que contaba para pretender la adquisición de su derecho pensional”*, y al sumarse a las otras 934 semanas que aparecen reportadas ante el ISS, se obtiene un gran total de **1002,57 semanas** que son suficientes para otorgar la pensión de vejez implorada.

Por el contrario, según se extrae de los cargos propuestos por la vía directa, para la censura jurídicamente no es posible considerar las semanas en cuestión para el conteo del tiempo cotizado a fin de acceder a la prestación de vejez, mientras no exista registro de pago en salud, pues *“de lo preceptuado por los artículos 157, 160 y 201 de la Ley 100 de 1993 como de lo establecido en los artículos 22 y 23 del Decreto 326 de 1996 y los artículos 25 y 26 del Decreto 806 de 1998”*, la afiliación de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social en Salud resulta ser obligatoria, con mayor razón después de la expedición de la Ley 797 de 2003, artículo 3°, que expresamente incluyó a éstos en el grupo de afiliados obligatorios, lo que conlleva también al pago de la cotización obligatoria en salud, tal como lo definió la Corte en sentencia del 10 de marzo de 2009, radicado 34553.

Pues bien, bajo esta órbita, la razón está de parte de la Colegiatura y no de la demandada recurrente, toda vez que lo resuelto en segunda



EXP. 42693

instancia, está acorde con lo decidido por la Sala en casación del **18 de agosto de 2010, radicación 35329**, que es el pronunciamiento que constituye el **criterio actual** sobre esta precisa temática, proferido en un caso análogo adelantado contra el mismo Instituto de Seguros Sociales y en donde se discutía la validez de cotizaciones sufragadas por un trabajador independiente, que no fueron acompañadas por los aportes al sub sistema de salud, las cuales en esa oportunidad correspondían al período comprendido **“entre junio de 2003 y agosto de 2004”** en un equivalente a **68,5 semanas**. En aquella oportunidad se determinó que el hecho de no aportar simultáneamente para los riesgos de IVM y salud, no acarrea la ineficacia de lo cotizado para el riesgo de vejez y menos la pérdida del derecho a la pensión de quien tiene la densidad de semanas suficiente. También se destacó que lo regulado por la Ley 797 de 2003, artículos 3, 5 y 6, así como lo previsto en el Decreto 510 de 2003, artículo 3º, en torno al aporte por salud, aplica para una hipótesis muy diferente, como es la relativa a los trabajadores subordinados o dependientes, que reciban simultáneamente un ingreso adicional como independientes, que no es el caso de quien sólo cotiza en esta segunda condición.

Al respecto, en la referida sentencia con radicado 35329, esta Corporación textualmente puntualizó:

“(...) 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 3º del Decreto 510 de 2003.

El Decreto 510 de 2003 reglamentó el 5º de la Ley 797 de 2003 que, que en lo concerniente al tema debatido, establece en su parágrafo único, que:



EXP. 42693

<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 6º 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



EXP. 42693

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”.

Como puede observarse las enseñanzas o directrices de la sentencia transcrita, encajan perfectamente al caso que ocupa la atención de la Sala.

Adicionalmente, es menester aclarar, que la sentencia a que alude el ataque y que data del 10 de marzo de 2009 radicado 34553, analizó la situación pensional de los trabajadores independientes que dentro del importe pagado al ISS no incluyeron la cotización a salud, pero a la luz de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 797 de 2003, por tratarse en ese asunto de la validez de semanas cotizadas al sistema de pensión “entre febrero de 1996 y diciembre de 1997”, lo cual no corresponde exactamente a la situación estudiada en el pronunciamiento del 18 de agosto de 2010, radicación 35329, como tampoco a la aquí planteada, que se contraen a cotizaciones posteriores de los años 2003 y 2004. Ello lleva a que no se pueda aplicar lo dicho en tal antecedente jurisprudencial del año 2009, en los términos sugeridos por la censura.



EXP. 42693

En este orden de ideas, al ser procedente el tener en cuenta las semanas cotizadas objeto de debate, con las cuales el actor reúne el requisito de las 1.000 semanas exigidas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2005, tampoco tiene cabida la alegación referente a la aplicación indebida del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 que consagra el pago de los intereses por mora.

Finalmente, conviene agregar, que no siendo materia de discusión en sede de casación, la forma en que se liquidó la pensión de vejez y los términos en que fue ordenada su cancelación, estos aspectos se mantienen incólumes.

Lo anterior es suficiente, para concluir que el Tribunal no cometió los yerros jurídicos endilgados, y por ende los cargos no prosperan.

De las costas del recurso de casación, no hay lugar a ellas por cuanto no hubo réplica.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 19 de junio de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso ordinario promovido por **TACIO DE JESÚS DOMÍNGUEZ VILLAMIL** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.



EXP. 42693

Sin costas en el recurso extraordinario.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO



EXP. 42693

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL
MAGISTRADO GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA**

Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina Monsalve

Radicación N° 42693

Estoy de acuerdo con la decisión de no casar la sentencia, pero debo aclarar que es mi opinión que la circunstancia de que no pueda restársele validez a las cotizaciones efectuadas al sistema de pensiones de un trabajador independiente que no ha cotizado al sistema de salud, pues tal sanción no cuenta con una consagración normativa expresa, en modo alguno puede significar que no exista para el afiliado la obligación de efectuar los aportes a ese sistema, pues, tal como surge de lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 160 de la Ley 100 de 1993, es deber de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud: *“Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar”*.

Y pienso que lo anterior es así porque una de las características del sistema de seguridad social integral es el de la solidaridad, que consiste, según surge del artículo 2 de la citada ley 100 de 1993, en *“...la práctica de la mutua ayuda entre las*



EXP. 42693

personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

Y aunque no desconozco que la Sala ha dispensado la obligación de cotizar al sistema de seguridad social en salud respecto de personas que carezcan de la capacidad económica para ello, por ejemplo de beneficiarios del régimen subsidiado en materia pensional, no encuentro que en este caso se presentaran las circunstancias para excusar al demandante de esa obligación, cuyo incumplimiento en primer término lo afecta a él y a sus beneficiarios pero también al conjunto de los afiliados al sistema, dada su naturaleza contributiva y la fuente de obtención de los recursos.

Fecha ut supra.

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA