

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **ÁLVARO DE JESÚS VARGAS SANMARTÍN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, (en adelante COLPENSIONES), la **NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO** y la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO** (en adelante FIDUAGRARIA S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-019-2020-00041-01**.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder allegado vía correo electrónico por parte de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado NÉSTOR EDUARDO PANTOJA GÓMEZ, portadora de la T.P. 285.871 del C. S. de la Judicatura, para que represente a Colpensiones en este proceso como apoderado sustituto.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

A través de la presente acción judicial, el demandante pretende se declare que COLPENSIONES recibió los aportes correspondientes a las semanas cotizadas por los periodos comprendidos entre enero de 1998 a junio de 2001, y en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a corregir la historia laboral del actor teniendo como cotizadas dichas semanas e igualmente se condene de manera solidaria al MINISTERIO DE TRABAJO y a FIDUAGRARIA S.A. a desembolsar con destino a

COLPENSIONES el valor correspondiente de tales periodos. De manera subsidiaria, solicita se declare que COLPENSIONES recibió los referidos aportes para que, en consecuencia, se le condene a devolvérselos en los términos del Decreto 2414 de 1998, artículo 1° junto con sus rendimientos financieros, se indexen las condenas y se condene a las costas del proceso.

Como fundamentos de hecho de sus pretensiones, relata el demandante que empezó a cotizar al ISS el 1° de junio de 1970 y que en el mes de diciembre de 1997 se afilió como trabajador independiente al régimen subsidiado administrado en ese momento por el consorcio Prosperar, pero por problemas económicos no pudo realizar la parte que le correspondía de su aporte.

Afirma que se acercó a las oficinas del ISS para saber si podía realizar alguna gestión con el fin de cancelar los periodos adeudados para seguirse beneficiado del régimen subsidiado y un funcionario le informó que era posible pagar los periodos adeudados comprendidos desde el mes de enero de 1998 a junio de 2001, para ser tenidas en cuenta esas semanas cotizadas. Aduce que fue así como el funcionario le entregó la liquidación del valor adeudado mes a mes, e incluso escribió con su puño y letra que *“es un exceptuado del PILA.”*

Narra que canceló el valor liquidado el 5 de diciembre de 2008, con la confianza y certeza de que esas semanas se verían reportadas en su historia laboral según lo afirmado por el funcionario del ISS, pagando un total de \$1.526.200, discriminados en \$1.177.600 y \$348.600. Anota que después de realizar el pago, entregó cada una de las planillas en la oficina de recaudo y cartera del ISS, sin que en algún momento se le informara que existía algún error en el procedimiento de recaudo de los aportes ni que estaba desvinculado del programa de subsidio al aporte, aun cuando el pago que efectuó fue aceptado, siendo tan solo en el mes de mayo de 2015 cuando encontró que los periodos de enero de 1998 a junio de 2001, no se veían reflejados en su historia laboral.

Relata que el 27 de mayo de 2015 solicitó ante COLPENSIONES la corrección de la historia laboral, pero al no recibir respuesta interpuso acción de tutela la cual fue conocida por el Juzgado Noveno Penal de Circuito de Medellín quien ordenó a la entidad expedir acto administrativo que resuelva de manera clara, suficiente, efectiva y congruente la solicitud; decisión adicionada en segunda instancia en el sentido que de verificarse por parte de COLPENSIONES el pago efectivo de los aportes

reclamados en razón del programa de subsidio, debería emitir cuenta de cobro de los subsidios para ser girados por el Consorcio Colombia Mayor 2013.

Indica que el 17 de mayo de 2017, COLPENSIONES le manifestó que los pagos por régimen subsidiado fueron cancelados extemporáneamente en el año 2008, razón por la cual no se reflejaría en su historia laboral ya que debieron ser pagados mes anticipado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de la primera instancia despachó de manera parcialmente desfavorable las pretensiones de la demanda, declarando que COLPENSIONES no está llamada a tener como semanas efectivamente cotizadas los ciclos comprendidos entre enero de 1998 y junio de 2001, sin que deba ordenarse la corrección de historia laboral. No obstante, el juez, condenó a COLPENSIONES a reintegrar al demandante de manera indexada los dineros que canceló por concepto de cotización e intereses de mora, respecto de los mencionados periodos, equivalentes a \$1.613.200. Seguidamente absolvió a COLPENSIONES de las restantes pretensiones, absolvió a las codemandadas LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRABAJO y a FIDUAGRARIA S.A. de las pretensiones invocadas en su contra, declarando probada la excepción de “inexistencia de la obligación de corregir la historia laboral” y condenó en costas a COLPENSIONES a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$120.000

Para arribar a la anterior decisión, el *a quo* explicó que la forma como la persona se vincula al sistema, tiene implicaciones respecto de las cotizaciones, ya que mientras el dependiente realiza los aportes mes vencido con consecuencias para el empleador moroso, en el independiente la cotización se realiza mes anticipado y permitiéndose cancelar varios periodos de manera anticipada. Por ello, cuando el independiente no presenta cotizaciones, no hay obligación de proceder con el cobro por parte del fondo de pensiones, entendiéndose que, en ese mes, no presenta cotización.

Indica que no existiendo discusión que el demandante pagó en el año 2008 los aportes comprendidos entre 1998 y 2001, lo manifestado en la demanda respecto a que funcionarios del ISS lo asesoraron de manera indebida sobre que era posible pagar dichos periodos comprendidos de manera retroactiva, son afirmaciones no tienen respaldo probatorio.

Señala que como el demandante no se vinculó al sistema como trabajador dependiente sino como perteneciente al régimen subsidiado, las cotizaciones deben hacerse de manera anticipada pues así se desprende del art 35 del decreto 1406 de 1999.

Sostiene que conforme la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, no es posible que en el caso del demandante, las cotizaciones realizadas en el año 2008 sean tenidas en cuenta para el periodo comprendido entre el año 98 y junio de 2001; tampoco es viable aplicarlas a periodos posteriores como lo establece la Corte Suprema de Justicia dado que según la historia laboral, entre diciembre de 2008 y junio de 2018, se presentaron cotizaciones continuas, sin que hayan periodos en que se presente falta de cotizaciones y que conlleve a que estos pagos realizados de manera extemporánea sean tenidos en cuenta para periodos posteriores.

Considera que la orden dada en la sentencia de tutela no llega al punto de que se tenga en cuenta como semanas efectivamente cotizadas las comprendidas enero del 98 y junio del 2001, lo que no se ajusta a la normativa y jurisprudencia, y además, la orden estuvo dirigida a emitir cuenta de cobro para que sea girada la parte del consorcio Colombia mayor 2013, lo cual es pertinente al no aplicar cotizaciones a periodos posteriores.

Precisa que no hay justificante para que COLPENSIONES se quede con los recursos pagados por el demandante, aun cuando hubiese sido de manera indebida, debiendo ordenarse su devolución de manera indexada por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, prosperando así la pretensión subsidiaria, dado que el valor pagado por el actor no fue tenido en cuenta como periodos cotizados.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada del demandante apeló la decisión de primera instancia, manifestando no estar conforme con la decisión de que su poderdante no tenga derecho a que se contabilicen en su historia laboral las cotizaciones de enero de 1998 a junio de 2001.

Sostiene que este proceso no consiste únicamente en una mora de la parte actora, sino en el cumplimiento que se debe dar al principio de la confianza legítima, y a los actos propios de la administración pública, teniendo en cuenta que cuando el demandante acudió al ISS el 5 de diciembre del año 2008, para averiguar qué podía hacer con esos periodos en mora, se le elaboró cada una de la liquidaciones y procedió

a pagarlas en el banco Davivienda; tanto es así, que el ISS recibió cada una de las autoliquidaciones, poniendo el sello de la oficina de recaudo y cartera, con su respectiva firma el funcionario que recibió.

Indica que dichas autoliquidaciones, no fueron tachadas y gozan de todo el valor probatorio, siendo por ello que se alega el principio de la confianza legítima y la validez de los actos de la administración pública, presumiéndose la buena fe de las actuaciones del demandante quien confió en que le iban a aplicar las semanas de cotización.

Sostiene que el pago de las cotizaciones e intereses de mora, fue tolerado por el ISS y después por COLPENSIONES, sin objeción, pasando un tiempo más que prudencial, habiendo transcurrido más de 8 años, en los que COLPENSIONES ni siquiera se pronunció cuando el demandante mediante derecho de petición solicitó la corrección de la historia laboral, sino cuando el Tribunal Superior le indicó que debía dar cumplimiento a la sentencia, aplicando las semanas; es decir, respondió dos años después de la solicitud de la corrección de la historia laboral, reiterando aún más que el demandante tenía una expectativa legítima, que su comportamiento estaba ajustado a derecho y que le asistía derecho a que se le aplicaran esas semanas de cotización.

Insiste en que las liquidaciones que cuentan con el sello de la oficina de recaudo y cartera, respecto de las cuales COLPENSIONES en ningún momento ha desconocido, alegando únicamente que son extemporáneas, es decir, hubo una aquiescencia de COLPENSIONES de recibir esas cotizaciones y consideraba que el demandante no tenía derecho a esas cotizaciones, debió devolver esos pagos.

Expone que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4403 de 2014 dice que si el ISS guardó silencio ante la presunta irregularidad cometida por el demandante, y no hizo la devolución de los mismos en el término del Decreto 1858 de 1995 artículo 9 con la modificación introducida por el Decreto 2414 de 1998 artículo 1, esto es, que los afectos aportes efectuados por la persona que perdió el subsidio, le sean devueltos junto con sus rendimientos financieros como si nunca hubiese cotizado al sistema, es deber del juez considerar las pruebas aportadas en el proceso para ser tenidas en cuenta, esas cotizaciones y los intereses como semanas debidamente cotizadas y aplicadas en la historia laboral, indicando esta sentencia que la circunstancia de haber seguido recibiendo los aportes sin objeción alguna, convalida la validez de los aportes.

Reitera que no estamos ante el caso de una mora de aportes, sino ante una situación en la que el Seguro Social, aceptó los aportes extemporáneos, asesoró al demandante y la prueba es que en cada autoliquidación dejó el sello de recaudo y cartera, por lo que convalidó los aportes sin objeción.

En consecuencia, solicita se revoque la sentencia, y en su lugar, se ordene a COLPENSIONES a validar esos aportes, o, subsidiariamente, se condene al pago de los aportes, pero no indexados como se dijo en la sentencia, sino con los rendimientos financieros como lo establece la norma. Igualmente, solicita que la condena en costas se dé teniendo en cuenta el valor de los rendimientos financieros.

4. DE LAS ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados del DEMANDANTE, de COLPENSIONES y de FIDUAGRARIA S.A., presentaron oportunamente escritos de alegaciones, anotando resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

- En el mes de diciembre del año 1997, el señor VARGAS SANMARTIN se afilió como trabajador independiente al régimen subsidiado administrado en ese momento por el Consorcio Prosperar.
- Por problemas económicos, el señor ALVARO DE JESUS, no pudo realizar la parte que le correspondía de su aporte.
- Con el fin de no perder el beneficio, el señor: ALVARO DE JESUS VARGAS, *se acerca en esos momentos a las oficinas del Seguro Social para conocer, si podía realizar alguna gestión con el fin de cancelar los periodos adeudados y poder continuar obteniendo los beneficios del régimen subsidiado.*
- Un funcionario del Departamento de Recaudo y Cartera del Seguro Social dentro de la asesoría que le brinda al señor: VARGAS SANMARTIN en el año 2008, le informa que es posible pagar los periodos adeudados comprendidos desde el mes de enero de 1998 al mes de junio del año 2001 para ser tenidas en cuenta esas semanas cotizadas, y es así, como le entrega la liquidación del valor adeudado mes a mes, con el propósito de que sean cancelados y tenidos en cuenta estas semanas cotizadas

dentro de su historia laboral e incluso escribe con su puño y letra que es un exceptuado del PILA.

- El Señor ALVARO DE JESUS VARGAS SANMARTIN, cancela el valor liquidado por el Seguro Social el día 5 de Diciembre de 2008, con sus intereses, con la confianza y certeza de que estas semanas que corresponden a **42 MESES DE COTIZACIÓN (173 SEMANAS DE COTIZACIÓN)**, se verían reportadas en su historia laboral.

- En la **oficina de recaudo y cartera del ISS**, le recibieron cada una de las planillas y tanto es así, que en constancia de recibido, **está el sello de ésta oficina. Estas planillas gozan de validez y nunca fueron tachadas.**

- A pesar de haber recibido y aceptado los pagos por parte del Seguro Social en su momento (año: 2008), el ISS en ningún momento le informó al señor: ALVARO DE JESUS VARGAS SANMARTIN que existía algún error en el procedimiento de recaudo de los aportes correspondientes a los periodos: 1998 a 2001, **ni en ese año ni en los años subsiguientes.**

- Por espacio de más de nueve (9) años mi poderdante estuvo convencido que se habían aplicado los pagos de las semanas adeudadas, máxime que canceló todo lo liquidado por el ISS (cotización más intereses de mora), y nunca se le informó que estaba desvinculado del programa de subsidio al aporte en pensión (PSAP) y muestra de ello, es que **está el sello de la oficina de recaudo y cartera, en señal de aceptación del pago de esos aportes.**

- Tan sólo en el mes de mayo del año 2015, encuentra mi poderdante que a pesar de haber realizado el pago por los periodos: enero de 1998 a junio de 2001, las mismas no se veían reflejas en su historia laboral.

- El señor ALVARO VARGAS, presenta Derecho de Petición ante COLPENSIONES el día 27 de marzo de 2015 solicitando corrección de historia laboral. Y al esperar por largo tiempo y no recibir respuesta a su petición, el señor VARGAS SANMARTIN mediante apoderado judicial, presenta acción de tutela por considerar que se están vulnerando entre otros derechos, el derecho fundamental de petición, el de la seguridad social, y el de habeas data, entre otros.

- El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín, radicado: 009-2017-36-00, al conocer de la acción de tutela y mediante sentencia número 075 de 20 de febrero de

2017, ordena a COLPENSIONES se expida el acto administrativo que resuelva de manera clara, efectiva y congruente la solicitud presentada el 15 de mayo de 2015.

- Con estas actuaciones, COLPENSIONES está desconociendo el principio de confianza legítima y de respeto por el acto propio, al haber liquidado los periodos de enero de 1998 a junio de 2001, y luego no verse reflejadas las semanas cotizadas en la historia laboral del demandante. Además, COLPENSIONES está transgrediendo las garantías mínimas de mi poderdante, además está atentando contra los principios que gobiernan la actividad administrativa, como son la: publicidad, moralidad, contradicción, entre otros.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

“En relación con los trabajadores independientes, la Ley 100 de 1993 se limitó a establecer únicamente un marco general que aplicaría al cobro y recaudo de sus aportes a la seguridad social en pensiones; razón por la cual fue a partir de dicho marco normativo que el ejecutivo, mediante numerosos decretos, reglamentó la materia y especificó las condiciones concretas en las que el pago se llevaría a cabo. Por su parte, el ordenamiento jurídico de nivel reglamentario, en un inicio, contemplaba que las cotizaciones debían ser hechas por los trabajadores independientes siempre en forma anticipada, so pena de que fueran reportadas a un periodo posterior a aquel en el cual se efectuó dicha actualización.

Al respecto, el Decreto 1406 de 1999, en su artículo 35, determinó que: “Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente.” En este orden de ideas, tratándose de este especial tipo de trabajadores, que se constituyen en la parte de la fuerza productiva del país que se caracteriza por obrar como su propio empleador o jefe y por asumir el riesgo económico de su actividad productiva, la normatividad vigente ha establecido que son ellos mismos los encargados de realizar sus aportes al sistema de seguridad social los cuales deben ser cancelados en forma mensual y anticipada (de conformidad con la liquidación que de estos realice la Administradora de Pensiones y las declaraciones anuales allegadas por el trabajador y que determinan su ingreso base de cotización para ese año.

Es por ello que, hasta el momento, se ha aceptado por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial de cierre en esta materia, que las

cotizaciones de un trabajador independiente que sean hechas en forma extemporánea deben ser tenidas en cuenta como cotizaciones hechas en forma anticipada a los periodos siguientes a la fecha de consignación del aporte; es decir, que serán contabilizadas con posterioridad a la fecha del pago realizado, sin que sea posible que ellas se registren con efectos retroactivos, pues tal posibilidad se estima tácitamente proscrita por lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 28 del Decreto 692 de 1994.

Toda vez que el demandante se encontraba afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, en calidad de régimen subsidiado, se encontraba en la obligación de cotizar el porcentaje que le correspondía sobre el aporte en pensión, sin embargo y toda vez que el mismo no lo hizo, respecto de los ciclos referidos anteriormente; estos debieron ser devueltos a la subcuenta del fondo de solidaridad. Se debe destacar que las cotizaciones realizadas con el régimen subsidiado además tienen la connotación de cotizaciones independientes, siendo pertinente indicar que conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999: “Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada.” Igualmente, el artículo 20 de Decreto 692 de 1994, dispone:

“Los trabajadores independientes y demás afiliados voluntarios efectuarán las cotizaciones obligatorias sobre los ingresos mensuales que declaren a la entidad a la cual se afilien. Todas las cotizaciones que efectúen estos afiliados se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido. Cuando el afiliado no especifique el período de cotización, o el ingreso base, se tomará como período de la cotización el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte y como ingreso base el resultado de dividir el monto de la cotización efectuada por 0,115 si es durante el año 1994, por 0,125 si es durante el año 1995 y por 0,135 si es a partir del año 1996.”

Por lo tanto, cualquier periodo que se haya dejado de pagar, estaría regulada por las disposiciones normativas anteriores y, en virtud de ellas, dichos pagos serían tenidos en cuenta para periodos posteriores al reporte realizado. Es relevante destacar que, como se expuso con anterioridad, el Artículo 15 de la Ley 100 de 1993 contempla la obligación de que todos los trabajadores independientes (esto es, las personas que desarrollan una actividad económica en forma autónoma y bajo su propio riesgo y responsabilidad) se encuentren vinculados al sistema y gocen de todos sus beneficios, así como de que se encuentren constreñidos por sus cargas.

Es así como el artículo en mención estableció, en cabeza de este especial tipo de trabajadores, entre otras, la obligación de realizar el pago de cotizaciones al sistema y omitió prever la manera en que dicho pago debería ser efectuado, así como las consecuencias jurídicas que su omisión acarrearía.

Por este motivo, tanto la práctica jurídica como la jurisprudencia vigente hasta el momento han aceptado que se dé aplicación a lo dispuesto por las normativas de rango reglamentario que regían la materia con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha obligación, las cuales establecían que el pago debía ser siempre hecho en forma anticipada al periodo que se pretende reportar, so pena de que, ante la imposibilidad expresa de cobrar intereses de mora, fuera inadmisibile realizar el pago en forma extemporánea.

ALEGATOS DE FIDUAGRARIA S.A.

El actor pretendió subsanar su omisión de cancelación del aporte obligatorio, indicando que Colpensiones le sugirió realizar dichos pagos de forma extemporánea, resaltándose al respecto que no se puede perder de vista en ningún momento la normatividad que rige el funcionamiento del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, de lo que se concluye que no le asiste ninguna obligación al Administrador Fiduciario de girar subsidios, sobre todo cuando el actor dejó de dar cumplimiento con las obligaciones que estaban a su cargo, resaltándose al respecto que ***“el derecho al subsidio supone un deber correlativo de aportar en el porcentaje establecido”*** (SU- 079 de 2018).

Ahora, frente a los pagos de los aportes obligatorios, se tiene que, los afiliados al Fondo de Solidaridad Pensional se asimilan a los trabajadores independientes, por lo que dichos pagos están a su cargo debiendo efectuarlos de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, el cual consagra que ***“deberán (...) realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada”***.

Con respecto a lo anterior y de cara al precedente judicial con respecto a los pagos extemporáneos de los trabajadores independientes, se tiene que los mismos no se pueden contabilizar retroactivamente, al efecto esta Sala en sentencia No. 46017 del 1º de febrero de 2017, SL 2050 de 2017, manifestó:

“Ha dicho la Corte que de acuerdo con la ley los afiliados al régimen subsidiado de pensiones se asimilan a trabajadores independientes y sus cotizaciones deben hacerse de manera anticipada al sistema (sentencia CSJ SL 5081-2015).

Así mismo en relación con las consecuencias de la mora esta corporación respecto a este contingente de trabajadores, tiene precisado ***“que no resulta procedente contabilizar los aportes efectuados, en la medida en que esa es una obligación de la exclusiva responsabilidad del afiliado por no estar subordinado a ningún empleador”*** para lo cual puede consultarse la sentencia CSJ SL 9320-2016, en lo que se rememoró la sentencia CSJ SL 16440- 2015.

Conforme a lo destacado con precedencia y a lo que arroja la prueba relacionada con la constancia de folio 279 ya referida al no haber cotizado el actor durante este periodo de tiempo, no es viable tenerlo en consideración para la sumatoria total de las semanas de cotización”.

Conforme con lo expuesto, se hace ver que, aunado a que el demandante efectuó el pago de los aportes obligatorios de manera extemporánea, jamás existió cuenta de cobro alguna emitida por parte de Colpensiones, lo que hace que se configure una imposibilidad para que el Administrador Fiduciario, realice giro de subsidio alguno, haciéndose ver al respecto que, no existe fundamento jurídico ni factico, de donde se pueda endilgar responsabilidad alguna en su contra.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver, se circunscribe a establecer si es procedente condenar a COLPENSIONES a que registre en la historia laboral del demandante como efectivamente cotizadas los aportes pensionales que fueron pagados extemporáneamente por el actor bajo el régimen subsidiado y consecuentemente ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO - FIDUAGRARIA S.A., pagar el porcentaje de la cotización que el legalmente le correspondería, del periodo entre enero de 1998 a junio de 2001, que fueron pagadas por el actor el 5 de diciembre de 2008.

De no prosperar la pretensión anterior, se decidirá si al acto le asiste derecho a la devolución de las cotizaciones pagadas y de asiste tal derecho, si la devolución se deba realizar con los rendimientos que hubieren producido tales cotizaciones.

Tramitado el proceso en legal y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la apelación y consulta de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes.

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 1149 de 2007, además de resolverse la apelación de la parte demandante, se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

De acuerdo con la prueba recabada, obra en el expediente certificado del Consorcio Colombia Mayor 2013 expedido el 27 de septiembre de 2016 (folio 35 archivo 01ProcesoEscaneado), en cual se informa que el señor Álvaro de Jesús Vargas Sanmartín, se encuentra afiliado al Fondo de Solidaridad Pensional – Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, en el grupo poblacional “*TRABAJADOR INDEPENDIENTE URBANO*” desde el 1° de octubre de 2009, en estado activo al mes de julio de 2016, según reporte de COLPENSIONES. Así mismo, se inserta el siguiente cuadro sobre los antecedentes de afiliación:

| Datos Afiliación Histórica: | | | |
|-----------------------------|---------------------|-----------------|-----------------------------------|
| Tipo | Fecha de Afiliación | Fecha de Retiro | Motivo |
| AFILIACIÓN | 01/12/1997 | 30/06/2001 | No pago sus aportes Cumplidamente |
| AFILIACIÓN | 01/10/2009 | | |

Igualmente, de la historia laboral aportada por COLPENSIONES, -actualizada al 21 de junio de 2018- (folios 297 a 305 archivo 01ProcesoEscaneado) se extrae que el actor efectuó cotizaciones a través de diferentes empleadores entre el 1° de junio de 1970 al 20 de diciembre de 1978. También se observa que en todos los periodos comprendidos entre el ciclo de diciembre de 1997 a junio del 2000, la columna de semanas cotizadas registra en cero, anotándose para estos ciclos la siguiente observación: “*Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771*”, luego, para el ciclo de octubre del 2000 se le contabilizan 15 días, y después de eso, no registra cotizaciones sino hasta el periodo de septiembre de 2002, a partir del cual, empieza a cotizar a través la razón social “*ANA ISABEL UPEGUI DE RAMIREZ*” de manera continua hasta el ciclo de septiembre de 2004. Posteriormente, empieza a cotizar como trabajador independiente a partir de abril de 2007 hasta septiembre de 2009, y, desde octubre de este año, aporta bajo el régimen subsidiado de manera continua hasta el periodo de enero de 2018 (presentando deuda por no pago del subsidio por parte del Estado en los ciclos 2017-09 y 2017-12) para luego, empezar a aportar otra vez como trabajador independiente desde el periodo de febrero de 2018.

Por otra parte, con la demanda se allega copia de las planillas de autoliquidación con sello de recibido por parte de recaudo y cartera del extinto ISS, las cuales dan cuenta que el 5 de diciembre de 2008, el demandante realizó el pago de las cotizaciones con intereses de mora correspondientes a los periodos de enero de 1998 a junio de 2001, pagos que, revisadas las planillas, equivalen a un total de \$1.613.200

Ahora bien, en lo concerniente al derecho a recibir subsidio del Estado al aporte al sistema pensional el Art. 25 y 26, de la Ley 100 de 1993, establecieron la creación de

un Fondo de Solidaridad Pensional, entre otras cosas para subsidiar el aporte al sistema pensional de las personas más vulnerables, disponiendo lo siguiente:

*“ARTÍCULO 25. CREACIÓN DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL. Créase el Fondo de Solidaridad Pensional, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social<1>, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas para tal efecto por virtud de la presente ley.
(...)”*

“ARTÍCULO 26. OBJETO DEL FONDO. El Fondo de Solidaridad Pensional tiene por objeto subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.*

*El subsidio se concederá parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización. El Gobierno Nacional reglamentará la proporción del subsidio de que trata este inciso.
(...)”*

En ilación con lo anterior, debe señalarse que conforme el artículo 28 de la Ley 100 de 1993, el subsidio no es del 100%, de manera que el afiliado también debe contribuir, asumiendo el pago el pago parcial que le corresponde, lo cual en este caso no hizo el demandante en su debido momento, pues frente a todas esas semanas que ahora pretende se vean reflejadas en su historia laboral como efectivamente cotizadas, esto es, las comprendidas entre los periodos que van de enero de 1998 a junio de 2001, el aporte que realizó el Estado fue devuelto dado que el demandante no contribuyó con su parte tal como lo confiesa en el hecho cuarto de la demanda, y por esta razón no resulta viable convalidar esas semanas en su historia laboral, tal como lo ha señalado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la providencia SL1359 de 2022 radicación No 84132 en la que refiriéndose a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, señaló:

“Esa disposición, estableció que para hacerse acreedor de dicho beneficio, se requieren dos presupuestos iniciales, primero, que el interesado acredite su condición de afiliado del régimen general de seguridad social en salud y segundo, que cancele su porcentaje del aporte que le corresponda, pues como se indicó, la naturaleza de este subsidio es contribuir a la consolidación del derecho pensional de los afiliados, pero resulta

trascendental que el beneficiario realice un esfuerzo para tal fin, asumiendo el pago parcial del aporte a su cargo.

(...)

De ahí que, para que se configure dicho subsidio en las cotizaciones a pensión a través del fondo de solidaridad pensional, la Ley 100 de 1993 estableció que es imperativo que el beneficiario esté afiliado al sistema general de pensiones, bien sea en el RPM o en el RAIS; que se acredite el pago parcial de la cotización a cargo del beneficiado (25%) y que el Estado concorra con el pago subsidiado (75%); pues es en tales circunstancias que podrá reclamarse la contabilización de estos tiempos como efectivamente cotizados en materia de pensión.

En la sentencia CSJ SL2707-2016, rad. 49274, donde al estudiar un asunto similar al aquí planteado, en el que se reclamaba la convalidación de unas semanas en el régimen subsidiado, se reiteraron los requisitos para que se puedan computar semanas a través del fondo de solidaridad pensional y se enfatizó que no era dable imputar periodos de esta naturaleza con el solo pago de la cuota que asume la administradora del fondo de solidaridad pensional, sin que concorra la cancelación del aporte por parte del beneficiario del subsidio, como aquí lo pretende la recurrente...”

Así pues, el actor, queriendo subsanar la falta del pago oportuno del porcentaje de los aportes que le correspondía, el 5 de diciembre de 2008 procedió a pagar el valor de las cotizaciones de periodos correspondientes a los ciclos que van entre enero de 1998 a junio de 2001, aun cuando en su caso, no es posible aplicar pagos de manera retroactiva e imputarlos a periodos pasados, dado que los afiliados al régimen subsidiado se asimilan a trabajadores independientes quienes pueden pagar de manera anticipada varios periodos; tales pagos entonces, que hizo el actor el 5 de diciembre de 2008, no pueden aplicarse de manera retroactiva a periodos pasados como así lo explicó profusamente el juez de primer grado, en atención a la pacífica línea jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resultando pertinente traer a colación la sentencia SL349-2021 Radicación 81528 en la que señaló:

“...la Corte, en múltiples oportunidades ha señalado que los afiliados al régimen subsidiado se asimilan a trabajadores independientes, en lo que respecta al pago de los aportes a su cargo, por lo que sus cotizaciones deben hacerse de manera anticipada al sistema. Así en la sentencia CSJ SL5081-2015, señaló,

[...] pues lo cierto es que la actora había efectuado de manera anticipada el pago de sus aportes por dichos periodos, tal como lo permiten los artículos 6 del Decreto 1858 de 1995, modificado por el artículo 9 del Decreto 1156 de 1996 y 20 del Decreto 3771 de 2007 y como ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Corporación, tal como la vertida en la sentencia SL 552 – 2013, pues los afiliados al régimen subsidiado de pensiones se asimilan a trabajadores independientes, en lo que respecta al pago de los aportes a su cargo, por lo que sus cotizaciones deben hacerse de manera anticipada al sistema, de manera tal que nada impide que paguen sus aportes de uno o varios ciclos de manera adelantada y en una misma fecha de recaudo, tal como lo hizo la demandante en el presente caso. (Consultar, entre otras, CSJ SL2050-2017, CSJ SL1129-2018, CSJ SL4499-2019 y CSJ SL142-2020).

*También, ha dicho,
(...)*

Llegados a este punto, brota una conclusión: los trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte «por períodos mensuales y en forma anticipada», de manera que las «novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente»; por tanto, las cotizaciones realizadas en forma «extemporánea» si bien son eficaces, no surten efecto retroactivo.

*De suerte que entonces, trasladando los argumentos jurídicos expuestos al asunto bajo escrutinio, estima la Corte que el juez de segundo grado no incurrió en los yerros enrostrados por la censura, dado que los aportes pagados por la actora el **14 de septiembre de 2006**, «por los ciclos correspondientes a las cotizaciones causadas entre los años 2004 y 2005», si bien son válidos, no producen un efecto pretérito, para de esta manera ser tenidos en cuenta al momento de contrastar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, específicamente el de haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, pues, itérese, a la luz de las disposiciones estudiadas, el Instituto de Seguros Sociales debió imputarlos a las mensualidades futuras.”*

Por lo anterior, esta Sala comparte la decisión del *a quo* de no ordenar que el pago efectuado el 5 de diciembre de 2008 tuviese efectos retroactivos aplicándolo a periodos pasados, pues independiente de lo relatado por el actor relativo a que pagó esos aportes por asesoría de un funcionario del extinto ISS quien le informó que tenía la posibilidad de hacer dicho pago, lo que entre otras cosas, no pasa de ser una mera afirmación del actor sin ningún sustento probatorio, por lo que dichos pagos se reitera, no pueden aplicarse de manera retroactiva, ya que el demandante estaba en la obligación de efectuar el aporte que le correspondía de manera oportuna y no en cualquier tiempo.

Debe señalarse que conforme a la jurisprudencia citada, los aportes realizados por el demandante el 5 de diciembre de 2008 no pierden su validez, sino que en principio, deberían imputarse a periodos futuros; no obstante, este caso, el demandante ya venía cotizando de manera continua como trabajador independiente, desde abril de 2007, lo cual hizo hasta septiembre de 2009, para luego, a partir de octubre de 2009, seguir efectuando los aportes bajo el régimen subsidiado también de manera continua hasta enero de 2018, momento a partir del cual vuelve a registrar cotizaciones como trabajador independiente.

No obstante, lo anterior, considera la Sala, que por las razones antes expuestas, es legalmente viable, que voluntariamente, el actor consienta que el pago de \$1.613.200 realizado, le pueda ser imputado a semanas que no haya cotizado con posterioridad a enero de 2018, teniendo en cuenta un ingreso base de cotización del salario mínimo legal en el año respectivo, hasta cubrir el monto de lo pagado, por lo que si así lo desea el demandante, deberá informárselo a COLPENSIONES, dentro de los treinta (30) días

siguientes a la ejecutoria de esta sentencia de segunda instancia, indicando los ciclos a los que solicita se le imputen los pagos.

En lo que refiere a los argumentos que esgrime la recurrente, referentes que las planillas autoliquidaciones mediante las cuales hizo el pago, tienen el sello de la oficina de recaudo y cartera del ISS, que se debe tener en cuenta los principios de confianza legítima, validez de los actos de la administración pública y buena fe, y que tales planillas no fueron tachadas y gozan de todo el valor probatorio; debe tenerse en cuenta que la existencia y validez de tales planillas en ningún momento fue desconocida por el *a quo*, lo que sucede es que consideró acertadamente que el pago de aportes bajo el régimen subsidiado no puede aplicarse a periodos pasados y es justamente dándoles valor probatorio, que condenó a COLPENSIONES a reintegrarle al demandante ese dinero.

En ilación con lo anterior, es importante señalar que el hecho de que el extinto ISS – hoy COLPENSIONES- hubiese recibido sin objeciones el pago irregular de cotizaciones que debieron haberse realizado años antes bajo el régimen subsidiado, no le representa al demandante expectativa legítima que el pago se entienda legalmente realizado, como lo alega la apelante, ni conlleva a que se le contabilicen en su historia laboral de manera retroactiva, pues el silencio de la entidad de manera alguna puede representar una circunstancia que desnaturalice la forma en que legalmente se realizan los aportes al régimen subsidiado en pensiones, el que se asimila al trabajador independiente.

Ahora, la Sala comparte la decisión que tomó el *a quo* de acceder a la pretensión subsidiaria ordenando a COLPENSIONES devolver el demandante los dineros que canceló, equivalentes a la suma de \$1.613.200, ya que resulta razonable y compatible con los principios de equidad y justicia en tanto evita que la entidad incurra en un enriquecimiento sin justa causa, beneficiándose de dineros que no se verán reflejados en la historia laboral del actor.

Por otra parte, la apoderada del demandante solicita en el recurso, que subsidiariamente a la convalidación de las semanas deprecada, se condene a la devolución de los aportes, pero no indexados como se dijo en la sentencia de primera instancia, sino con los rendimientos financieros como lo establece la norma, y en relación con ello, cita la sentencia SL 4403 de 2014 de la Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, dicha sentencia en efecto refiere que los afiliados no tienen por qué asumir la carga de los errores u omisiones en el recaudo de los aportes, de manera que si el

ISS guardó silencio ante una presunta irregularidad en dicho pago, la devolución debe hacerse en los términos del Decreto 1858 de 1995 Art. 9, con la modificación introducida por el Decreto 2414 de 1998 Art. 1º esto es, que los aportes efectuados por la persona que perdió el subsidio, le sean devueltos junto con sus rendimientos financieros, como si nunca hubiese cotizado al sistema.

Ahora, la Sala observa que la devolución en los anteriores términos está establecida tanto en el Decreto 1858 de 1995 Art. 9, como en el Decreto 2414 de 1998, para una causal específica de pérdida del subsidio y es la establecida en el literal f) que dispone:

“El afiliado perderá su condición de beneficiario del régimen subsidiado en cualquiera de los siguientes eventos:

(...)

f) Cuando se demuestre que en cualquier tiempo el afiliado se ha beneficiado del subsidio suministrando datos falsos, o que se encuentra afiliado a un fondo de pensiones voluntarias, o cuando adquiere capacidad económica para pagar la totalidad del aporte.

En los eventos previstos en este literal, y sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar, el beneficiario perderá la totalidad de los recursos aportados por el Fondo de Solidaridad Pensional, durante el tiempo en el cual permaneció afiliado sin el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario del subsidio.

Los aportes efectuados por el fondo deberán serle devueltos a la administradora de dicho fondo, junto con los correspondientes rendimientos financieros, dentro de los treinta días siguientes a la pérdida del subsidio.

Los aportes efectuados por la persona que perdió el subsidio, le serán devueltos junto con sus rendimientos financieros, como si nunca hubiese cotizado al sistema.”

Ha de advertirse que el Decreto 1858 de 1995 fue derogado por el Decreto 3771 de 2007 el cual dispone en el artículo 24 para esta misma causal –regulada en esta norma en el literal e)-, que los aportes deberán ser devueltos junto con los rendimientos financieros, pero descontando los gastos de administración, como si nunca hubiese cotizado al sistema.

En el caso del actor, si bien la devolución no obedece a las causales establecidas en el literal f) del Decreto 1858 de 1995 Art. 9, modificado por el Decreto 2414 de 1998, actualmente, literal e) del Decreto 3771 de 2007, esto es, que se benefició del subsidio suministrando datos falsos, o que se encuentra afiliado a un fondo de pensiones voluntarias, o que tenía capacidad económica para pagar la totalidad del aporte, esta Magistratura estima que resulta procedente ordenar la devolución de los aportes con los rendimientos, como lo pide la apoderada del demandante en la apelación, pues si aun en caso de obtención fraudulenta del beneficio procede de esta manera, en el

caso del pago de buena fe que realizó el demandante, se debe aplicar la misma forma de devolución.

En cuanto a la excepción de prescripción que fue propuesta por COLPENSIONES al contestar la demanda, si bien no hay lugar a examinar la misma respecto de las pretensiones principales dado que no prosperaron y es acertado que juez de primera instancia declarara probada la excepción de *“inexistencia de la obligación de corregir la historia laboral”* cabe anotar que el derecho del actor a que le sean devueltos los dineros cancelados por concepto de cotización e intereses de mora, no se ve afectado por este fenómeno ni se extingue por el paso del tiempo ya que puede entenderse como ínsito del derecho a la seguridad social que tiene carácter irrenunciable.

En adición a lo anterior, es de resaltar que COLPENSIONES le informó al demandante mediante comunicado del 17 de mayo de 2017 (folio 18 archivo 01ProcesoEscaneado), que los pagos de los periodos de cotización comprendidos entre enero de 1998 a junio de 2006 no se verían reflejados en su historia laboral por haber sido cancelados de manera extemporánea, y como la demanda fue presentada el 30 de enero de 2020 tal como se observa en el sello de recibo de la oficina de apoyo judicial (folio 12 archivo 01ProcesoEscaneado), no trascurrió el término trienal de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPT para hacer exigibles judicialmente las acciones correspondientes a los derechos laborales.

Finalmente sobre el pedido en la apelación del demandante, sobre el reajuste de la condena de las agencias en derecho, debe manifestarse, que sobre el monto de las agencias en derecho las que harán parte de las costas que finalmente se liquiden por el Secretario y se aprueben por el Juez, en su oportunidad una vez el expediente vuelva al juzgado de origen solo es viable apelar contra el auto que apruebe la liquidación de costas que incluyen las agencias en derecho fijadas en la sentencia, pues este auto es apelable a la luz del art. 65 del CPTSS y 366 del CGP, por lo que lo relativo al monto de las costas, no puede ser objeto de apelación en la sentencia y por ello no se resolverá al respecto.

Conforme las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, se confirmará y modificará la sentencia de primera instancia en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia por haber prosperado parcialmente la apelación de la demandante.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia del 5 de agosto de 2021 proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por el señor **ÁLVARO DE JESÚS VARGAS SANMARTÍN** contra **COLPENSIONES**, la **NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO** y la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO**; en el sentido que la devolución de los aportes pensionales al demandante, se debe realizar no indexados, sino, con los rendimientos financieros, descontando los gastos de administración.

No obstante lo anterior, el actor podrá solicitar a COLPENSIONES y esta entidad deberá aceptar, que el pago de \$1.613.200 realizado por el demandante, le pueda ser imputado a semanas que no haya cotizado con posterioridad a enero de 2018, teniendo en cuenta un ingreso base de cotización del salario mínimo legal en el año respectivo, hasta cubrir el monto de lo pagado, por lo que si así lo desea el demandante, deberá informárselo a COLPENSIONES, por escrito dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia de segunda instancia, indicando los ciclos a los que solicita se le imputen los pagos.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **67347613843e218d8d89394474ad30cabffd21d28c7e030bd82efd5031647b8a**

Documento generado en 02/08/2023 03:11:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>