

RV: Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Radicado de salida 2-2020-065353

Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.

<correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 11/12/2020 16:43

Para: Juzgado 61 Administrativo Circuito - Bogota - Bogota D.C. <jadmin61bta@notificacionesrj.gov.co>

 1 archivos adjuntos (356 KB)

Radicado_2-2020-065353.pdf;

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo siglo XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,

Grupo de Correspondencia

Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos

Sede Judicial CAN

RJLP

De: atencioncliente@minhacienda.gov.co <atencioncliente@minhacienda.gov.co>

Enviado: viernes, 11 de diciembre de 2020 4:30 p. m.

Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Radicado de salida 2-2020-065353

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Respetado (a) ciudadano (a): Adjunto encontrará oficio relacionado con la siguiente información:

Número de expediente:	57340/2020/OFI
Asunto del radicado:	Contestación indupalma Juzgado 61
Fecha de creación:	11/12/2020 16:30:32
Nombre del trámite asociado al radicado:	-
Fecha de registro:	11/12/2020
Número de registro del radicado:	2-2020-065353

Ingrese a la Sede Electrónica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en:

<https://sedeelectronica.minhacienda.gov.co> donde podrá verificar la autenticidad del

documento e iniciar nuevos trámites.

Atentamente,

Ministerio de Hacienda y Crédito Público**899.999.090-2**

Carrera 8 No. 6C-38

111711 BOGOTÁ (CUNDINAMARCA)

Telf.: (+57 1) 3811700

E-mail: atencioncliente@minhacienda.gov.co

El contenido de este mensaje y sus anexos son propiedad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; son únicamente para el uso del destinatario y pueden contener información de uso privilegiado o confidencial que no es de carácter público. Si usted no es el destinatario intencional, se le informa que cualquier uso, difusión, distribución o copiado de esta comunicación está terminantemente prohibido. Cualquier revisión, retransmisión, disseminación o uso del mismo, así como cualquier acción que se tome respecto a la información contenida, por personas o entidades diferentes al propósito original de la misma, es ilegal.

The content of this message, and of any files attached to it, is the property of the Ministry of Finance and Public Credit of the Republic of Colombia. It is intended for the exclusive use of the message's addressee, and it may include privileged or confidential information, which is not public. If you are not the intended recipient of this communication, please be aware that any use, forwarding, distribution or copy of it is completely forbidden. Consequently, any inspection, retransmission, dissemination or employ of this message, or any other action relative to the information it contains, performed by individuals or entities foreign to the message's original purpose, will be deemed as illegal.

4.2.0.1. Grupo de Representación Judicial

Señores

JUZGADO SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Dra. EDITH ALARCÓN BERNAL

Carrera 57 N° 43-91 CAN

Complejo Judicial CAN

Bogotá D.C.



Radicado: 2-2020-065353

Bogotá D.C., 01 de diciembre de 2020 16:30

Radicado entrada

No. Expediente 57340/2020/OFI

Medio de control: Reparación directa

Radicado N°: 11001-3343-061-2020-00129-00

Demandante: INDUSTRIA AGRARIA LA PALMA LTDA - EN LIQUIDACIÓN

Demandados: Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros

ASUNTO: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Respetada Doctora

Respetuosamente comparece JAVIER SANCLEMENTE ARCINIEGAS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.486.565 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 81.166 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, según consta en la Resolución 0928 del 27 de marzo de 2019 que se adjunta, para manifestar que mediante el presente escrito presento contestación de la demanda de la referencia con fundamento en las siguientes razones de hecho y de derecho:

I.- PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS PRETENSIONES Y LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

A. Respecto de las pretensiones formuladas en la demanda, manifiesto lo siguiente:

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a que se declare la prosperidad de todas las pretensiones formuladas en su contra por la parte actora.

Como consecuencia de lo anterior, solicito al Despacho que se profiera fallo denegando las pretensiones impetradas, absolviendo a mi poderdante y condenando en costas a la parte demandante.



A. Respecto de los hechos relatados en la demanda manifestamos lo siguiente:

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público es, por entero, ajeno a los hechos relacionados con la relación laboral que se invocan en la demanda. Por tal razón, nos encontramos en imposibilidad de realizar un pronunciamiento alguno sobre la veracidad de los mismos. En efecto, nuestra entidad no ha sido el empleador ni el recaudador de aportes a la seguridad social, tampoco se ha pronunciado sobre la legalidad de las acciones de Indupalma en esos aspectos.

Por tal razón, no aceptamos los hechos narrados pues no nos constan y por lo tanto nos estaremos a lo que se pruebe en el curso del proceso, toda vez que entre la parte demandante y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no ha existido nexo causal alguno, puesto que de conformidad con la Ley 489 de 1998 que establece la organización y funcionamiento de las entidades públicas del orden nacional distribuyendo las competencias de cada entidad, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no tiene injerencia alguna en el asunto.

No nos constan igualmente, debido a que en la demanda se señala una situación fáctica y jurídica que tuvo o tiene como intervinientes a otras entidades públicas, y en ningún momento hay participación (activa u omisiva) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en estos hechos, pues no participó en la ocurrencia del supuesto daño antijurídico ni mucho menos tiene el deber legal o constitucional de indemnizar con carácter preparatorio los perjuicios se hubieren ocasionados.

Finalmente, es importante resaltar que en ninguno de los hechos reseñados en la demanda se menciona, ni siquiera indirectamente, al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. No solo es inexistente cualquier desarrollo sobre los fundamentos de responsabilidad que intentan endilgar a estar cartera, sino que ni siquiera hay una mención sumaria de los mismos.

EXCEPCIONES PREVIAS

Respetuosamente solicito a la señora Juez se sirva declarar como probadas las siguientes excepciones previas.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

De conformidad con el numeral 6° del artículo 180 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, debe su Despacho resolver esta excepción como previa.

Lo primero que se debe determinar en el proceso judicial, es que las partes que concurren, tanto como demandante, como demandado, tengan legitimación en la causa para actuar y correlativamente para responder. En el último supuesto -que es el que nos interesa en este caso-, por cuanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no tuvo un vínculo o participación con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda”.¹

¹ Existen dos clases de falta de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la

Para que legalmente puedan prosperar las pretensiones de la demanda, los hechos que fundamentan las pretensiones debieron haber sido generados por el demandado Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es decir, que la causa del supuesto daño antijurídico sufrido pueda ser imputable al Ministerio.

En el presente caso está plenamente demostrado que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, carece de legitimación en la causa por pasiva, no solo porque no tuvo injerencia en la producción de los hechos que dieron origen al supuesto daño antijurídico alegado, sino que, además, este Ministerio no tiene dentro de sus funciones las de descontar valores de una prestación social pagada por la Policía Nacional.

INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

En la presente acción se acumulación de forma indebida pretensiones. Lo anterior dado que se pretende tramitar dentro de una misma instancia procesal reproches tan disímiles que resultan contradictorios. La parte actora invoca como supuesta fuente del daño sufrido el error judicial, la omisión legislativa, la omisión en la facultad reglamentaria y la ilegalidad de actos administrativos. De esa manera la demanda viola las disposiciones del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que deben ser interpretadas en consonancia con las disposiciones del artículo 88 del Código General del Proceso.

En efecto, en busca de un responsable que soporte su propia negligencia en la provisión de los recursos necesarios para cubrir sus deudas con la Seguridad Social, la parte actora formula una serie de reproches que son propios del medio de control de nulidad simple, de nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa.

Ello sin tener en cuenta que aspectos como la caducidad de las acciones, (ver excepción previa de caducidad) que difiere en todos esos medios de control, ni la competencia del Despacho, que no abarca el control de control de legalidad sobre el ejercicio de la facultad reglamentaria del Ministerio de Hacienda, pues esta es una entidad de carácter nacional, cuyos decretos se encuentra sometidos al control del Consejo de Estado.

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL

Dentro de las extensas pretensiones formuladas por la parte actora, las señaladas en el subcapítulo B.6 se refieren a la presunta responsabilidad del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO por la presunta omisión en la reglamentación de la Ley 90 de 1946.

participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto. Sentencia del Consejo de Estado (Sección Tercera) del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

En efecto, como de verá más adelante en este escrito, en realidad la no entidad que represento no tiene a su cargo la función de reglamentar la Ley 90 de 1946, sin embargo, previó al estudio de fondo de tal pretensión subsidiaria, el Despacho debe declarar la caducidad de la misma, por cuanto desde la promulgación de dicha norma a la actualidad, han transcurrido 74 años, en los cuales se han dictado Acuerdos, Resoluciones, Decretos, Leyes y hasta una nueva Constitución Política que ya derogaron total o parcialmente la Ley 90 de 1946, más aun, se promulgó la Ley 100 de 1993, en la que se hizo la reforma pensional que requería el país para organizar el Sistema General de la Seguridad Social.

Así entonces, la pretensión señalada ya se encuentra caducada, pues teniendo en cuenta que la parte actora alega que el presunto daño se configuró por cuanto en la época para que laboró el empleado para para INDUPALMA LTDA, no había una normativa clara que impusiera la obligación a los empleadores a provisionar las obligaciones pensionales de sus trabajadores, (lo cual no es cierto, puesto que la obligación surgió con la misma Ley 90 de 1946 como lo indicó la Corte Constitucional) el conteo del tiempo de caducidad del medio de control de reparación directa debe efectuarse desde i) el momento en que el trabajador ingresó a laborar o ii) desde el momento que dejó de prestar sus servicios a la sociedad accionante.. Para ambas situaciones se tiene que el periodo para interponer el medio de control ya caducó, pues ya han transcurrido mucho más de los 2 años que refiere la norma.

Por lo anterior, de manera respetuosa solicito se declare el fenómeno de caducidad frente a las pretensiones subsidiarias que vinculan a la entidad que represento a este proceso, y se proceda con la terminación del mismo en relación con el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

EXCEPCIONES DE MÉRITO

A.- AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO RESPECTO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

El artículo 90 de la Constitución Política estableció una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, generando con ello que se preestablecieran los elementos inescindibles para la declaración de la responsabilidad patrimonial del mismo, dentro de los cuales se encuentran; i) el daño antijurídico, ii) hecho generador del daño, iii) el nexo de causalidad y iv) la imputación del daño antijurídico al Estado.

Así las cosas, es de resaltar que en el caso bajo estudio no se encuentran presentes todos los elementos indispensables para que se pueda predicar la responsabilidad extracontractual del

MHCP, habida cuenta que –como se dijo- el daño antijurídico alegado no guarda relación de causalidad con conducta u omisión alguna desplegada por parte del MHCP. Lo anterior, por cuanto el MHCP no tuvo participación u omisión alguna que generara el daño alegado, máxime si se tiene en cuenta que esta cartera no omitió la reglamentación de la Ley 90 de 1946, ni tiene competencia para pagar títulos pensionales de trabajadores que desarrollaron su trabajo a entidades de naturaleza privada y porque dentro de las funciones que la ley le asignó a este Ministerio no se encuentra ninguna que se pueda relacionar con la obligación de responder por dichos perjuicios.

Esto, permite concluir que el daño alegado por ningún motivo puede ser imputado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, bajo los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

A 1.- INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

El daño antijurídico es el primer y principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado, pues si no hay daño antijurídico no se puede predicar responsabilidad extracontractual alguna en cabeza de la autoridad administrativa –imputabilidad del daño-, lo anterior, como ha bien lo ha reiterado el Consejo de Estado²:

"...porque a términos del art. 90 de la Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona de derecho público.

En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose (...) que "es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado..." y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado"

Así las cosas, se tiene que la acreditación del daño antijurídico -en su condición de elemento esencial y configurativo de la responsabilidad del estado- resulta primordial, en la medida que en el caso que el operador judicial determine que el daño no existió, no se probó o el mismo no tiene el carácter de antijurídico, la entidad demandada inmediatamente se libera de toda responsabilidad y las pretensiones de la demanda están llamadas al fracaso, precisamente, porque sin daño no hay responsabilidad y solo frente a su acreditación y verificación hay lugar la autoridad judicial impute el mismo al Estado, es decir, solo en ese caso es dable al operador judicial continuar con el análisis de los demás elementos constitutivos de la responsabilidad del estado para determinar la responsabilidad de la autoridad judicial.

Por otra parte, es de señalar que en cuanto a la noción primigenia del daño antijurídico la Corte Constitucional, ha señaló:

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002. Expediente No. 12625. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

“El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.

Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.”³

Asimismo, en reciente jurisprudencia el H. Consejo de Estado se pronunció al respecto, señalando:

“Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”⁴, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”⁵ –subrayado y negrilla fuera del texto-

De lo anteriores pronunciamientos, se tiene que se configura o se materializa un daño antijurídico cuando la **lesión del interés legítimo no tiene justificación o título jurídico válido** y por tanto, el administrado no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Ahora bien y teniendo claro el concepto de daño antijurídico es de señalar que el Consejo de Estado ha señalado que el mismo se configura cuando se encuentran presentes los siguientes elementos y las siguientes condiciones⁶:

*“El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: **i) debe ser antijurídico**, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; **ii) que sea cierto**, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente **–que no se limite a una mera conjetura–**, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el*

³ Sentencia C-333/1996

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de abril de 2012, dentro del proceso radicado con el N°050012325000 1994 2279 01 (21.861), C.P. Enrique Gil Botero

*ordenamiento jurídico, y **iii) que sea personal**, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.*

*La antijuricidad del daño va encaminada a que **no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo.** De otro lado, es importante precisar que aquél no se relaciona con la legitimidad del interés jurídico que se reclama. En otros términos, no constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación legítima o moralmente aceptada; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una actividad o recae sobre un bien ilícito, caso en el que no habrá daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima.*

*De allí que, la Sala no prohíba interpretaciones ya superadas según las cuales era preciso que se acreditara una situación legítima, pues se trata de un carácter que en la actualidad no se predica del daño, puesto que el mismo sirvió de fundamento para negar perjuicios a situaciones que revistiendo la connotación de daños, eran censuradas moralmente (v.gr. los perjuicios reclamados por los entonces mal llamados concubinos o concubinas, los daños irrogados a trabajadoras sexuales, etc.). En otros términos, aspectos de esta estirpe o morales no pueden ser analizados desde la antijuricidad del daño, toda vez que este elemento se concentra en determinar si la persona estaba o no en la **obligación normativa** de soportarlo (v.gr. los impuestos, los daños que tienen su origen en conductas ilícitas, etc.)*

*Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: **i) uno material o sustancial**, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y **ii) otro formal** que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada.”*

Es así, como se tiene que para que el daño antijurídico sea resarcible, la actora debe acreditar que la lesión o el detrimento cuya reparación se reclama resultó ser:

- a) Antijurídico, es decir, que la persona quien lo sufre **no estaba en el deber jurídico de soportarlo** –componente en sentido formal-
- b) Ciertamente: que el daño se pueda apreciar material y jurídicamente **y que no se limite a simples suposiciones** y que el mismo comporte una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido en el sistema jurídico. –componente en sentido material - sustancial-
- c) Personal: que el mismo sea padecido por quien solicita su preparación –componente en sentido material - sustancial-

Lo anterior, significa que la entidad jurídica de la antijuridicidad no se limita tan solo a la constatación material de la lesión a un bien o intereses amparado por la ley, sino que formalmente se debe determinar que la vulneración de esos derechos o interés quebrantó el ordenamiento jurídico porque quien lo sufrió no se encontraba en el deber jurídico de soportarlo.

En conclusión, se predica que se materializa un daño antijurídico en sentido material o sustancial **cuando se constata una alteración o vulneración negativa de un derecho o interés legítimo** - personal y cierto frente a quien lo reclama- y en sentido meramente formal, **cuando quien lo sufre no estaba en la obligación de soportarlo** porque el sistema jurídico no le impuso esa carga.

Así las cosas, es de señalar que respecto de lo que la actora señaló como daño el mismo no comporta o tiene el carácter de antijurídico en sentido material, puesto que con el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, surgió para el empleador la obligación de provisionar y/o hacerse cargo de las obligaciones pensionales de sus ex trabajadores, mientras el ISS se subrogaba en dichas obligaciones, en efecto, es claro que para el presente caso no existió antijuricidad del daño, pues en la decisión proferida en la jurisdicción laboral, se encontró como responsable a INDUPALMA LTDA, para hacerse cargo del pago del título pensional, al que ahora la sociedad pretende le sea devuelto, por los cargos de error judicial, hecho del legislador o la falta de reglamentación de la Ley 90 de 1946.

Los anteriores argumentos, permiten evidenciar que respecto del libelo introductorio y la manera como está estructurada la misma, es clara la inexistencia del daño antijurídico en la medida que no se estructuran los elementos contentivos de este elemento esencial de la responsabilidad estatal – daño antijurídico-. Anterior escenario que refleja que frente al Estado en este caso NO se puede predicar responsabilidad alguna porque en relación con la actuación de la Rama Judicial, del congreso de la República y del Gobierno Nacional no existió una alteración o vulneración negativa de un derecho o interés legítimo o se demostró que quien presuntamente lo sufrió no estaba en la obligación de soportarlo porque el sistema normativo no le impuso esa carga.

B.- OBLIGACIÓN PATRONAL DE LOS EMPLEADORES FRENTE A LA SEGURIDAD SOCIAL DE SUS TRABAJADORES ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA LA LEY 100 DE 1993.

En sentencia T-784 de 2010, dictada por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, al resolver un caso con similitudes fácticas y jurídicas, estableció que desde la Ley 6 de 1945 y la Ley 90 de 1946, el empleador tenía la necesidad *“de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste el pago de la pensión de jubilación”*.

En efecto, el análisis jurídico que se hace en dicha sentencia permite evidenciar, que la responsabilidad en la provisión de los empleadores de las obligaciones en materia pensional de sus

trabajadores se desprendía del artículo 72 de la Ley 90 de 1946, al establecer que: “*Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores*”. -negrilla y subrayado fuera del texto-

En las propias palabras de la Corte Constitucional se indicó:

“4.1. Régimen jurídico general establecido para el pago de pensión de jubilación a los trabajadores del sector privado con anterioridad a la ley 100 de 1993.

La Ley 6 de 1945 instituyó en Colombia el primer Estatuto Orgánico del Trabajo. Esta regulación tenía como finalidad reglamentar las relaciones que surgían entre empleadores y trabajadores, las convenciones laborales, los conflictos colectivos trabajo y su jurisdicción especial.

Una de las prestaciones que se encontraban a cargo del empleador era la pensión de jubilación. Así el artículo 14 estableció:

La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$ 1.000.000) estará también obligada

a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos esté situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;

b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de éstos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión. -negrilla ausente en texto original-

No obstante, el artículo 12 de la mencionada ley indicó que ésta obligación iría hasta la creación de un Seguro Social, el cual sustituiría al empleador en la asunción de la mencionada prestación y asumiría los riesgos de vejez, invalidez y muerte; la enfermedad general, la maternidad y los riesgos profesionales de todos los trabajadores.

La Ley 90 de 1946 instituyó el seguro social obligatorio para todos los individuos, nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un

contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje⁷ y creó para su manejo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales⁸.

Este mandato consagró en Colombia un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, que, previsto en el artículo 72 de la antedicha ley, estableció una implementación gradual y progresiva del sistema de seguro social, pues estableció

*“Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, **se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso.** Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores”. -negrilla y subrayado fuera del texto-*

*El régimen jurídico instituido por la ley 90 de 1946, a la par que instituyó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, creó una obligación trascendental en la relación de las empresas con sus trabajadores: **la necesidad de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste el pago de la pensión de jubilación.***

Resalta la Corte que, a pesar de que la instauración iba a ser paulatina, desde la vigencia de la ley 90 de 1946 se impone la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social.

En aquellos casos en que el Instituto de Seguros Sociales hubiese asumido el pago de los seguros sociales, los recursos para su pago se obtendrían de acuerdo a lo establecido en el artículo 16⁹ de esta ley -90 de 1946-, precepto que instituyó un sistema tripartito de contribución forzosa por parte de los asegurados, los patronos y del Estado para el sostenimiento de las prestaciones correspondientes al seguro social obligatorio. El sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono.

Posteriormente, el Código Sustantivo del trabajo¹⁰ introdujo una disposición muy similar a la contenida en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, en la cual coloca, de manera temporal el pago de las prestaciones sociales, tales como la pensión de jubilación, en cabeza del empleador. El artículo 259 señalo:

⁷ Artículo 2, Ley 90 de 1946: Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.

Sin embargo, los asegurados que tengan sesenta (60) años o más al inscribirse por primera vez en el seguro, no quedarán protegidos contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni habrá lugar a las respectivas cotizaciones.

⁸ Artículo 8, Ley 90 de 1946: Para la dirección y vigilancia de los seguros sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá.

⁹ Artículo 16, Ley 90 de 1946: Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000), o de ciento veinticinco mil (\$ 125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables.

PARAGRAFO. Cuando se trate de asegurados obligatorios que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático - Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que vivan a cargo de éste.

¹⁰ Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961.

“1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.”

De lo hasta ahora dicho la Sala concluye que:

- 1. La ley 6ª de 1945 asigna a los empleadores la obligación de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.*
- 2. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumirá esta obligación de forma progresiva en reemplazo de las empresas a ello obligadas.*
- 3. Cuando el Instituto asumía el pago de dichas prestaciones, el empleador debía realizar un aporte proporcional al tiempo que el trabajador había laborado en la empresa –artículo 72 de la ley 90 de 1946–*

En ese mismo orden de ideas, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en algunos de sus fallos ha adoptado el mismo criterio de interpretación. En sentencia de 22 de julio de 2009, expediente 32922, en la que se estudió el caso de un trabajador cuya empresa no estuvo obligada a inscribirlo al ISS durante parte del tiempo en que laboró a su servicio, resultando que dicho tiempo no contaba a efectos de su pensión por muerte; en esta ocasión la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema manifestó:

“No son admisibles aquellas interpretaciones del texto que distinguiendo lo que el legislador no distingue, conduzcan a dejar por fuera del derecho a habilitar sus tiempos servidos a un empleador, los mismos por los que no se hicieron cotizaciones a los seguros sociales obligatorios; ya porque se crea que basta mirar el día anterior a la vigencia de la ley, y hacer caso de la circunstancia principal que con anterioridad el empleador si había tenido a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; tampoco, si se hacen diferencias a partir de la causa por la que no se hicieron cotizaciones, dejando por fuera a los trabajadores de los empleadores según este haya debido o no hacer cotizaciones; ciertamente, es razón válida para que no opere la subrogación pensional a cargo del ISS, y el empleador tenga a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, es que el empleador no haya afiliado a su trabajador, ya por que no hubo el llamado a la afiliación, o porque hecha la convocatoria no se cumplió con el deber de afiliar, o porque era una empresa de un sector en el que seguros obligatorios no tenían cobertura pensional.” – subrayado ausente en texto original-

Y posteriormente agrega

“De igual manera el periodo que se ha de tomar, respecto al cual el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimientos de pensiones, es todo aquel por el que el trabajador prestó sus servicios al empleador sin que se efectuaran las cotizaciones a una entidad de seguridad social, el mismo que el trabajador tiene derecho se le habilite en el Sistema General de Pensiones, mediante la contribución a pensiones correspondiente.”

Por lo señalado hasta ahora, es claro que el empleador tenía a su cargo las obligaciones en materia de seguridad social que se desprendieran de los vínculos laborales de sus empleados, por tanto, es claro que en el presente caso, no hay lugar a que se declare el reconocimiento de unos perjuicios causados a la sociedad INDUPALMA LTDA, por el pago de un título pensional de uno de sus ex trabajadores, cuando el mismo artículo 72 de la Ley 90 de 1945, establecía las condiciones de la transición mientras el ISS paulatinamente se subrogaba en ello.

C.- INEXISTENCIA DE OMISIÓN EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

En virtud del artículo 150 de la Constitución de 1991, la función legislativa es propia del Congreso de la República y sólo excepcionalmente éste puede autorizar al Presidente de la República para legislar, indicando el alcance de las facultades en forma expresa y precisa a través de la ley habilitante. El precitado artículo, en el numeral 10, estableció un conjunto de reglas y limitaciones dirigidas, por una parte, a regular su otorgamiento por parte del Congreso y, por otro, a delimitar su ejercicio por parte del ejecutivo.

La Corte Constitucional (Sentencia C-810 de 2014) ha sostenido que del texto constitucional se deduce que el otorgamiento de las facultades extraordinarias al Ejecutivo, se apoya en las siguientes consideraciones constitucionales: “(i) consisten en la delegación de “precisas” competencias legislativas del Congreso, por su propio titular; (ii) tal habilitación legislativa faculta al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley; (iii) están condicionadas a que la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje; (iv) deben ser solicitadas al Congreso de la República, por el Gobierno Nacional; (v) para su aprobación se requiere de la mayoría absoluta de los miembros de las dos cámaras; (vi) tienen una limitación temporal, pudiéndose otorgar hasta por un término de seis (6) meses; y (vii) no se pueden conferir para la expedición de códigos, leyes estatutarias, orgánicas, decretar impuestos, ni para la creación de los servicios administrativos y técnicos de las cámaras”. (Art. 150, núm. 10 y 20).

Como veremos, la Corte Constitucional ha abordado en diversos pronunciamientos el tema del otorgamiento de las facultades extraordinarias, y ha resaltado las reglas que las gobiernan, dentro de las cuales merecen especial atención las siguientes:

“Así, pues, mediante este expediente el Congreso delega en el Ejecutivo su competencia legislativa para que éste último expida normas con el mismo valor y jerarquía normativa que las emanadas del propio órgano legislativo.

(...)”

Al regular la institución de la delegación legislativa, el artículo 150-10 de la Constitución Política establece una serie de cautelas que están orientadas a impedir que el legislador al autorizar extraordinariamente el Ejecutivo se desprenda definitivamente de su competencia legislativa mediante una habilitación en blanco, o lo que es lo mismo, una entrega de plenos poderes; y, obviamente, también esos parámetros están destinados a evitar que el Ejecutivo pueda emplear la delegación para fines distintos de los previstos en la norma habilitante. La norma superior en comento establece unos límites que deben ser observados por el Congreso en la ley habilitante, so pena de la inconstitucionalidad del otorgamiento de la delegación.

La primera de estas exigencias consiste en que la delegación legislativa deba hacerse en forma expresa, y en concreto.

(...)

La segunda exigencia se refiere a que la delegación legislativa esté sujeta a un tiempo de duración, es decir, que no puede ser perpetua, sino que debe estar sometida a un plazo o término.

(...)

Pero además, es indispensable que la delegación legislativa que efectúa el Congreso en la respectiva ley de facultades se haga para una materia concreta, específica. Al efecto, en dicha ley no sólo se debe señalar la intensidad de las facultades que se otorgan sino que, además, se ha de fijar su extensión determinando con precisión cuál es el objeto sobre el cual el Presidente ejercerá la facultad legislativa extraordinaria que se le confiere.”

En suma, las leyes de facultades extraordinarias o habilitantes que expida el Congreso, tienen carácter restrictivo, tanto desde el punto de vista material como temporal, ya que sólo pueden versar sobre los contenidos precisamente delimitadas por el Congreso, y tienen carácter pro tempore pues el Congreso puede conferirles sólo hasta por seis meses.

Menciona la Corporación Constitucional que el “artículo 150 de la C. P. señala que corresponde al Congreso hacer las leyes, pudiendo por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: “10. Revestir, hasta por seis (6) meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la

conveniencia pública lo aconseje”. La Corte ha señalado que las facultades extraordinarias deben ser expresas y precisas, nunca implícitas, y no admiten analogías, ni interpretaciones extensivas, de manera que se aparta de la Constitución Política toda interpretación que entienda que cierta facultad incorpora o incluye otras que no se encuentran expresamente contenidas en la norma de facultades”.

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

Ahora bien, respecto a la capacidad del Congreso para determinar la extensión de una regulación, la Corte Constitucional ha mencionado que “tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338).”

La Corte también ha señalado que “el ejercicio de la potestad reglamentaria por el ejecutivo, exige que la ley haya configurado una regulación básica, a partir de la cual el Gobierno pueda ejercer la función de reglamentar la ley. Si el legislador omite definir ese presupuesto normativo básico, estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, pues el requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido legal por reglamentar.”

En síntesis, la facultad reglamentaria no es absoluta, pues tiene como límite y radio de acción a la Constitución y la ley, y es por ello que el Ejecutivo al ejercerla no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador.

Así las cosas, no es cierto que existiera omisión en la reglamentación de la Ley 90 de 1946 por parte de este Ministerio para suplir los vacíos y las ausencias del texto legal. Lo anterior, dado que los artículos que menciona el demandante, [9º numeral sexto y 75 de la Ley 90 de 1946, no esbozan la delegación de precisas competencias legislativas del Congreso, que habiliten al Presidente de la

República a expedir decretos con fuerza de ley que permitieran a las empresas empleadoras cumplir con los aportes, o los aprovisionamientos o las reservas para las pensiones de los trabajadores, mientras el Instituto de Seguros Sociales entraba a funcionar en la respectiva zona geográfica. Al carecer de esa habilitación mal podía el Gobierno Nacional entrar a reglamentar los temas relacionados con la obligatoriedad de guardar los aprovisionamientos necesarios para cumplir con los aportes de sus trabajadores.

D. OBLIGACIÓN DE INDUPALMA DE REALIZAR PROVISIONES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN PESE A LAS LIMITACIONES DE COBERTURA DEL ISS

El marco legal aplicable al asunto lo componen i) el artículo 14 de la ley 6ª de 1945, de acuerdo con el cual las empresas cuyo capital exceda un millón de pesos estarían obligadas a pagar una pensión de jubilación al trabajador que haya laborado 20 años a su servicio y tenga 50 o más años de edad. ii) La ley 90 de 1946, cuerpo normativo que creó el ISS y, en su artículo 72, estableció que éste asumiría gradualmente el riesgo de, entre otros, vejez; así, quedarían a cargo del ISS las pensiones de jubilación en aquellos sitios en donde el Instituto tuviera cobertura, manteniéndose la obligación en cabeza de los patronos en el resto del territorio nacional. iii) El artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que desde 1951 estableció como requisitos para acceder a la pensión de vejez el haber trabajado 20 años -continuos o discontinuos- y tener 55 o 50 años de edad, dependiendo de si se es hombre o se es mujer. iv) El Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, cuerpo normativo que ordenó que el ISS asumiera, entre otros, el riesgo de vejez en sustitución de las pensiones de jubilación que correspondían a los empleadores; dicha cobertura, conforme a la Resolución 0831 del 19 de diciembre de 1966, se hizo efectiva a partir del 1 de enero de 1967, pero sólo en algunas zonas del país, siendo gradual su extensión a todo el territorio nacional. v) Al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, fue previsto por el literal c) del artículo 33 que para obtener pensión de jubilación se tomaría en consideración el tiempo laborado con empleadores que tenían a su cargo “el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”. vi) en concordancia, el literal c) del artículo 115 de la misma ley prevé que se expedirán bonos pensionales a quienes “estén” vinculados con empresas que tengan a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones.

La determinación del alcance de las obligaciones de los empleadores de contribuir a la financiación de las prestaciones del Sistema General de Pensiones, guarda estricta correspondencia con la vocación de protección universal e integral de este sistema, tal como se consagra en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Ciertamente, el legislador concibió el Sistema General de Pensiones para comprender la protección de vejez de quienes, esa es la regla general, causaran la pensión durante su vigencia, debiendo para el efecto adoptar las previsiones respecto a empleadores y trabajadores cuando estos venían madurando sus derechos bajo los regímenes anteriores.

Por su parte el artículo 5 del Decreto 813 de 1994 (Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993), adopta para el efecto las siguientes previsiones, respecto a los empleadores del sector privado que “tiene a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones”: en sus literales b) y c) deja por fuera del Sistema General de Pensiones a quienes hubieren cumplido los requisitos para acceder al derecho de la pensión de jubilación, y a quienes hubieren prestado servicios por más de 20 años, y cumplido 50 años para la mujer, y 55 para el hombre.

A su vez, los trabajadores respecto a los que los empleadores tienen el deber de constituir títulos pensionales para habilitar el tiempo servido por el que no se efectuaron cotizaciones son aquellos cuya “vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley” como reza el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Y los empleadores a quienes la ley les atribuye tal obligación son aquellos que tienen o tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, como lo señala La ley 100 de 1993 en sus artículos 33, literal c), y su decreto reglamentario, artículo 5 del Decreto 813 de 1994.

El entendimiento de la expresión los “empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión” debe guardar consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados, con la exclusión de los de regímenes expresamente exceptuados; de esta manera, el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

No se discute que con la Ley 100 de 1993 se procura una regulación integral de la protección de la vejez y de las consecuencias de la muerte, buscándose una protección universal y que, por razón de la circunstancia de que al entrar ella en vigencia se venían consolidando derechos al amparo de la legislación que la precedió, en esa ley se tomaron previsiones para acompasar tal situación con la surgida de los nuevos mandatos.

Una de esas situaciones, que no puede analizarse al margen de las normas antecedentes de la Ley 100 de 1993, es la surgida de la falta de cobertura del Seguro Social en algunas regiones del país, que trajo como consecuencia que ciertos trabajadores sólo pudieran ser afiliados para el seguro de invalidez, vejez y muerte, tiempo después de haberse iniciado su relación laboral.

El citado literal c) del parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 regula el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que prestaban servicios a empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento de la pensión, por no ser posible que la prestación fuera asumida por el Seguro Social, dada la falta de afiliación del trabajador, ocasionada por las limitaciones de la cobertura.

Así las cosas, la norma en comento no estaba dirigida a todos los trabajadores subordinados, sino solamente a unos pocos de ellos, porque frente a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social en pensiones gobernado por la Ley 100 de 1993, el objetivo fundamental de ese precepto del artículo 33 fue regular la situación pensional del grupo de trabajadores que, por razones distintas a la omisión del empleador, no pudieron ser afiliados al Seguro Social. Por ello, se estableció que la pensión de esos trabajadores, que estaba a cargo de su empleador, pudiera ser compartida con el citado instituto y de ahí que la norma exigiera la existencia de la relación laboral al inicio de la vigencia de la Ley 100 de 1993, porque quienes ya no mantuvieran vigente el contrato perdieron la posibilidad de pensionarse con su empleador en los términos del Código Sustantivo del Trabajo si no habían trabajado 20 años.

La circunstancia de que no existiera cobertura del Seguro Social no implicaba en modo alguno que el trabajador no tuviera protección, pues seguían aplicándose las normas legales; como tampoco traía ello como consecuencia que el empleador estuviera exento de cualquier obligación en materia prestacional, porque estaba a su cargo el reconocimiento de las prestaciones en los términos fijados por las leyes vigentes.

En este sentido, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional¹¹, tuvo oportunidad de conocer el caso de un trabajador a quien le hacían falta cotizaciones correspondientes a 70 semanas para obtener su pensión de vejez, razón por la cual solicitaba que este tiempo fuera cotizado por Bavaria S.A., empresa en la que laboró entre el mes de febrero de 1962 y julio de 1963. Decisión que reconoció el derecho del accionante a que le fuera cotizado el tiempo que trabajó en Bavaria S.A., entre los años 1962 y 1963, y, por consiguiente, se ordenó a dicha empresa transfiera a Colpensiones la suma correspondiente.

En aquella ocasión, y luego de hacer un recuento de las distintas decisiones que se habían presentado en sede de revisión, la Sala Quinta se alejó del precedente de mayor reiteración y estableció que los empleadores, independientemente de su capital, tenían la obligación de realizar provisionamientos para cubrir las cotizaciones al sistema general de pensiones por el tiempo en que sus trabajadores laboraron con ellos. En este sentido consagró:

¹¹ Sentencia T-770 de 2013 Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional

“A partir de las consideraciones normativas, históricas y conceptuales expuestas en los capítulos anteriores, considera esta Sala de Revisión que pese a las dificultades que ocasionó la entrada en funcionamiento parcial y progresiva del Instituto de Seguros Sociales en nuestro país, todo empleador particular estaba en la obligación de aprovisionar el capital necesario para responder por las cotizaciones a pensiones de sus trabajadores, una vez el Instituto hiciera el llamado a afiliación.”

Esta conclusión tiene como fundamento el carácter transitorio que tenía la asunción de los riesgos de vejez, invalidez y muerte por parte de los empleadores (ley 90 de 1946); y los artículos 72 y 76 de dicho cuerpo normativo, en que se establecía “Artículo 72. Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso (...)” y “Artículo 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes” (negrillas nuestras).

Por lo anterior se concluye que la fórmula que mejor armoniza y salvaguarda los derechos de la clase trabajadora ante la entrada en funcionamiento progresiva y difusa del Instituto de Seguros Sociales, es la responsabilidad de los empleadores de sufragar el “título” por el número de semanas efectivamente laboradas para una misma empresa, atendiendo el deber de aprovisionamiento dispuesto legalmente.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que INDUPALMA, en razón a la falta de cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales, reconocía sus propias pensiones, sí tenía la obligación de hacer apropiaciones (aprovisionamiento) para el reconocimiento de la pensión. La jurisprudencia constitucional ha considerado que sí existe el deber de cotizar por parte de las empresas privadas, porque el trabajador no puede perder su esfuerzo laboral cuando, por hallarse laborando en lugares geográficos en que el Instituto de Seguro Social (ISS), no había extendido su cobertura en el reconocimiento y pago de pensiones.

PETICIÓN

Respetuosamente le solicito señora Juez tener en cuenta las argumentaciones aquí referidas y, en consecuencia, (i) desvincule del presente proceso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (ii)

declare probadas las excepciones propuestas, o en su defecto, (iii) niegue las pretensiones de la demanda por resultar jurídica y materialmente improcedentes y condene en costas a la parte actora.

Le solicito igualmente reconocerme personería para actuar en el presente proceso y dar por contestada la demanda dentro del término legal.

ANEXOS

Resolución 0928 del 27 de marzo de 2019 que me faculta para representar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Secretaría de su Despacho, o en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ubicado en la Carrera 8 No. 6 C – 34, Piso 2°, de Bogotá D.C. Teléfono 3811700 extensión 4384; correo electrónico: notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co

Atentamente,

JAVIER SANCLEMENTE ARCINIEGAS

C.C. 79.486.565 de Bogotá D.C.

T.P. 81.166 del C.S. de la J.

Firmado digitalmente por: Javier Sanclemente Arciniegas