

LUIS GERMÁN CUARTAS CARRASCO
ABOGADO

Medellín, 16 de abril de 2021

Señores
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (REPARTO)
Bogotá D.C.

Referencia : Acción de Tutela contra providencia judicial
Accionante : Sociedad CFS LOGISTICS LLC antes Compañía Frutera de Sevilla LLC.
Accionado : Sala de Casación Laboral – Corte Suprema de Justicia

LUIS GERMÁN CUARTAS CARRASCO, mayor y vecino de Envigado - Antioquia, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.575.612 de Medellín, abogado en ejercicio, con tarjeta profesional número 44.708 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado de la sociedad CFS Logistics LLC, antes Compañía Frutera de Sevilla LLC., según consta en el poder que anexo con la presente, me permito interponer Acción de Tutela por vía de hecho en contra de la Sala de Descongestión Número Dos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concretamente, contra la sentencia SL106-2021, radicación número 78430 del 25 de enero de 2021, con ponencia de la Honorable Magistrada doctora Cecilia Margarita Durán Ujueta, la cual fundamento en lo siguiente:

1- CASO CONCRETO

- 1.1. Los señores Francisco Hoyos Romero, César Geles Barrios y Tomás Guerrero Arteaga laboraron en el municipio de Turbo – Antioquia para la Compañía Frutera de Sevilla, durante los siguientes períodos: El señor Francisco Hoyos laboró entre el 7 de enero de 1975 al 28 de febrero de 1983; el señor César Geles Barrios laboró del 4 de diciembre de 1972 al 31 de marzo e 1980; y el señor Tomás Guerrero Arteaga trabajó del 7 de junio de 1977 al 22 de enero de 1984.
- 1.2. Ante el Juzgado Laboral del Circuito de Turbo, los mencionados señores interpusieron una demanda ordinaria laboral en contra de la referida sociedad Compañía Frutera de Sevilla LLC., a través de la cual solicitaron que, previa la declaratoria de que los citados señores sostuvieron una relación laboral con Compañía Frutera de Sevilla entre los períodos referidos y que durante los mismos períodos la empresa no cotizó ni pagó aportes en pensión, se le condenase a trasladar y pagar a Colpensiones y a la AFP Porvenir los títulos pensionales, previo cálculo actuarial, por los períodos laborados y no cotizados. Adicionalmente, se solicitó se condenase a Colpensiones y a Porvenir a recibir dicho título pensional.
- 1.3. La sociedad Compañía Frutera de Sevilla LLC. se opuso a las pretensiones de los demandantes, argumentando que solo hasta el 1° de agosto de 1986 el Instituto de Seguros Sociales -ISS- llamó a inscripción obligatoria a la región de Urabá, municipios de Turbo, Chigorodó y Apartadó, es decir, entre dos y seis años más después de finalizada la relación laboral con los señores Hoyos Romero (más de tres años); Geles Barrios (más de seis años); y Guerrero Arteaga (más de dos años). Que igualmente, para enero de 1984 no había entrado en vigencia la Constitución Política de 1991, ni mucho menos la Ley 100 de 1993. Que en virtud de que el pretendido Título Pensional fue creado precisamente con la ley 100 de 1993 y los decretos posteriores que lo reglamentaron, jurídicamente hablando, no era posible darle aplicación a dichas normas. Que para todos los efectos legales, la relación laboral que unió a los demandantes y Compañía Frutera de Sevilla estaban reguladas, de manera exclusiva, por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, para este caso, artículos 259 y 260. Que con base en el tiempo efectivamente laborado por el señor Francisco Hoyos Romero,

8 años; César Geles Barrios 7 años y cuatro meses; y Tomas Guerrero Arteaga 6 años y medio, ninguno de ellos alcanzó a laborar con CFS el tiempo necesario para pregonar que hubiesen adquirido con la misma un derecho pensional. Que además, la sociedad Compañía Frutera de Sevilla LLC. no solicitó al ISS la elaboración de ningún cálculo actuarial por considerar que no estaba obligada a cumplir con esta obligación, de conformidad con lo establecido en el literal c) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, declarado exequible por la Corte Constitucional, por no tener los demandantes sus contratos de trabajo vigentes con esta sociedad al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social.

En ese sentido, formuló como excepciones la de imposibilidad jurídica de la empleadora para cumplir la obligación de afiliación y cotización al seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte y/o Sistema General de Pensiones; al pago de lo no debido; inexistencia de la obligación; falta de interés jurídico en el caso del señor Tomás Guerrero Arteaga y prescripción.

- 1.4. Mediante sentencia del primero de febrero 2017, el Juzgado Laboral del Circuito de Turbo, declaró la existencia del vínculo laboral de los demandantes por los períodos reclamados y condenó a Compañía Frutera de Sevilla LLC. A emitir y pagar el título pensional con destino a Colfondos y a favor del señor Francisco Romero Hoyos por el tiempo del 7 de enero de 1975 al 28 de febrero de 1983; y el pago del título pensional con destino a Colpensiones y a favor de los señores César Geles Barrios del 4 de diciembre de 1972 hasta el 31 de marzo de 1980; y por el período correspondiente al 7 de junio de 1977 hasta el 22 de enero de 1984 a favor del señor Tomás Guerrero Arteaga.
- 1.5. Contra esta decisión, la sociedad Compañía Frutera de Sevilla LLC., interpuso recurso de apelación.
- 1.6. Del recurso de apelación conoció la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia, quien mediante sentencia del 17 de mayo de 2017 revocó parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia y en su lugar absolvió a Compañía Frutera de Sevilla del reconocimiento y pago del título pensional a favor del demandante César Geles Barrios y confirmó en lo demás el fallo recurrido.

Señaló la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia que el problema jurídico estaba orientado a determinar si la empresa estaba obligada a pagar el título pensional por los tiempos laborados por los demandantes aún siendo que dichos contratos de trabajo se encontraban extinguidos mucho antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y si la jueza de primera instancia había hecho una valoración apropiada de las pruebas y si, bajo los presupuestos de la ley 90 de 1946, había una obligación de hacer provisionamientos.

Al respecto, explicó que existió una evidente relación laboral con cada uno de los demandantes y de ellas surgía para el empleador la obligación de pagar el título pensional por el tiempo laborado pues antes de 1986 estaban a cargo del empleador los derechos pensionales de los trabajadores, aunque el ISS no tuviera cobertura en esa región; y que luego de que la afiliación se hizo exigible, se tradujo en la obligación de constituir el cálculo actuarial representado en un título pensional.

Adujo el Tribunal que durante la relación laboral que la unió a los demandantes, Compañía Frutera de Sevilla era quien tenía a su cargo el reconocimiento de la pensión, al tenor del régimen contenido en el Código Sustantivo del Trabajo; y que era claro que los demandantes tenían un derecho adquirido imprescriptible a las prestaciones propias de la seguridad social, conforme a los artículos 48 de la Constitución Nacional y primero de la ley 100 de 1993. De ese modo, dijo, se realizan los principios de universalidad, progresividad y eficacia del Sistema General de Pensiones,

así como el derecho a la igualdad de los trabajadores puestos en estas condiciones, frente a los que tuvieron la oportunidad de ser afiliados en virtud de la cual pudieron ser beneficiados de una pensión, del mismo modo, también se cumple con el principio proteccionista del derecho del trabajo, pues los trabajadores no pueden cargar con las deficiencias de la regulación vigente para entonces. Por ello, con base en sentencia SL7647 de 2015, los demandantes tenían derecho a que se le contabilice todo el tiempo laboraron para CFS, esto a través de un título pensional, salvo para el caso del señor César Geles Barrios quien al no estar vinculado ni al régimen de prima media ni a una AFP no pudo demostrar la procedencia del pago del título pensional y, por dicho motivo, frente a este demandante, revocó la sentencia de primera instancia. En consecuencia, en lo demás casos, el Tribunal confirmó el fallo recurrido.

- 1.7. Esta decisión fue objeto de recurso extraordinario de casación por parte del apoderado de la sociedad Compañía Frutera de Sevilla LLC.. Como sustento del recurso manifestó que en la sentencia del Tribunal, éste dio aplicación los artículos 72 y 76 de la ley 90 de 1946; el artículo 33 de la ley 100 de 1993; el artículo 9 de la ley 797 de 2003 y los artículos 1º y 2º del decreto 1887 de 1994. Afirmó que los mencionados artículos no eran los pertinentes para el caso en estudio y que, en su defecto, no le dio aplicación a los artículos 259, 260 y 490 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 16 y 19 del mismo Código; el artículo 58 de la Constitución Nacional; el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entre otros. Dice que las normas invocadas y aplicadas, en el decir del Tribunal, les imponía a los empleadores la obligación de hacer un aprovisionamiento desde la fecha de ingreso del contrato de trabajo y hasta su terminación, y, cuando se haga el llamamiento a afiliación en la respectiva zona en donde se presta el servicio, se entregue como una reserva actuarial a la entidad de seguridad social escogida para la afiliación. Sin embargo, argumentó que dichas normas no eran aplicables porque solo a partir del llamamiento a inscripción y afiliación en la zona de Urabá, esto es, a partir del primero de agosto de 1986, éstas se hicieron aplicables. Antes de esa fecha las normas que seguían vigentes eran las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, esto en virtud de lo expresamente consagrado en la misma Ley 90 de 1946, el decreto 3041 de 1966 y en las demás normas que reglamentaron la entrada en vigencia de la seguridad social en pensiones.

Ni la ley 90 de 1946, ni el decreto 3041 de 1966 ni ninguna norma posterior consagró obligación alguna que obligase a los empleadores a entregar, al momento de la afiliación, reserva actuarial alguna. Por el contrario, al estar las relaciones laborales regida por el Código Sustantivo del Trabajo y al no haberse cumplido por parte de los demandantes con los requisitos exigidos para acceder a una pensión de jubilación, en los términos de los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, era obvio concluir que, al primero de abril de 1994, Compañía Frutera de Sevilla LLC. no hubiese tenido a su cargo una obligación pensional con ninguno de ellos. Concluye el primer cargo que la aplicación a una relación jurídica de normas que no estuvieron vigentes durante esa relación y la falta de aplicación de las que estaban vigente, implica, indudablemente, la violación directa de ambos grupos mandatorios.

De igual manera argumentó que cuando el empleador no tiene a su cargo el reconocimiento y pago de ninguna pensión, ni cuando la vinculación laboral no estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993, como ocurre en este caso, no existía esa obligación de reconocer y pagar una pensión, amparado en el literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pues para que sea procedente el cómputo de las semanas de servicios anteriores a la vigencia de la citada normativa para acceder a la pensión de vejez o aumentar su cuantía, es necesario que el trabajador esté

vinculado laboralmente al empezar esa vigencia con el empleador obligado a entregar la reserva actuarial, lo cual es congruente con lo consagrado en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre la aplicación inmediata de las normas laborales a los contratos de trabajo que estuvieron vigentes al momento de su expedición, siempre que con ello no se aplique retroactivamente a situaciones ya consolidadas con base en la ley anterior. Por último, concluyó que si el fallador hubiera entendido adecuadamente que, de acuerdo con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el número de semanas de cotización y la conformación del monto de la pensión de los demandantes era enteramente el del régimen al que estaban afiliados antes de que esa ley entrara en vigencia y, en ese sentido, al estudiar los artículos 12, 13, 16, 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990 y al encontrar que en ninguno de ellos tenía cabida la reserva actuarial de la que habla el artículo 33 de la ley 100 de 1993 y los artículos 1º y 2º del decreto 1887 de 1994 como elemento adicional para calcular el monto de la pensión de vejez bajo análisis, habría tenido que revocar las condenas impuestas y absolver de todo cargo a Compañía Frutera de Sevilla LLC.

- 1.8. Mediante sentencia SL106 del 25 de enero de 2021, con ponencia de la Honorable Magistrada doctora Cecilia Margarita Durán Ujueta, la Sala de Descongestión Número Dos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió desfavorablemente el recurso de casación, para lo cual se basó en lo expuesto en la sentencias CSJ SL16715-2014; CSJ SL2731 de 2015; CSJ SL 2412 de 2016 y CSJ SL 14215 de 2017, entre otras mencionadas en dicha sentencia. Consideró la Honorable Magistrada que en la providencia CSJ SL3937 de 2018 la Corte ya se pronunció en los siguientes términos:

En efecto, en la sentencia CSJ SL14388 de 2015, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, precisó lo siguiente: No obstante lo anterior, no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala ha tenido una evolución, coordinada y concordante con el espíritu de las nuevas disposiciones que ha expedido el legislador para contrarrestar estas hipótesis de falta de afiliación, que afectan la configuración del derecho pensional de los afiliados, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia. En lo fundamental, esa progresión de la jurisprudencia ha estado encaminada a lograr la financiación plena de las prestaciones, así como unidad en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social.

Concretamente, el sistema de seguridad social y sus desarrollos en la jurisprudencia han tendido a reconocer expresamente tales omisiones de afiliación, dadas en el pasado, así como a buscarles una solución adecuada y suficiente, a través del reconocimiento de la respectiva prestación por parte de las entidades de seguridad social, con el consecuente recobro o integración de los aportes y recursos, por medio de títulos pensionales que deben pagar los empleadores omisos.

Así, partir de sentencias como las CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «...en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar... que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo

actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.»

Conforme lo anterior, si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de 10 años de servicio al momento en el que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, ello no los exime de su responsabilidad pensional por el tiempo en el que no hubo cobertura y, en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede continuar cotizando hasta obtenerla. Ello, porque el derecho a la pensión de carácter fundamental, se garantiza sin afectar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones. Luego, en este aspecto, la Compañía Frutera de Sevilla está en la obligación de asumir el título pensional objeto de condena en la sentencia impugnada.

Por otra parte, es oportuno indicar que, contrario a lo que aduce la censura, la suma de tiempos en los que hubo omisión en la afiliación, estaba establecida por el legislador y por la jurisprudencia desde antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, tal como se ha explicado en diversas providencias, entre otras, en CSJ SL, 24 nov. 2006, rad. 27475, CSJ SL9856-2014 y CSJ SL14388-2015.

En resumen, la sentencia se limita a explicar y confirmar la posición que ha asumido la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia desde el 2014.

2- PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS

La Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales como un mecanismo idóneo y eficaz para analizar desde el punto de vista constitucional las decisiones judiciales que afecten derechos fundamentales. En tal sentido, la Corte mediante sentencia de fecha 18 de julio de 2017 expuso:

*“La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales surge de la necesidad de encontrar un equilibrio razonable entre la función constitucional de proteger los derechos fundamentales de las personas y el respeto por la autonomía judicial y la seguridad jurídica esenciales en un Estado de derecho. En este sentido, **la Corte Constitucional ha sostenido que esta acción procede cuando el funcionario judicial viola de forma flagrante y grosera la Constitución y se cumplen los requisitos generales y especiales de procedibilidad.**”*(Negritas y subrayas propias).

Como puede observarse, a fin de determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales debe acreditarse ante el Juez Constitucional la existencia de ciertos requisitos de procedibilidad. Sobre el particular, ha dicho la Corte Constitucional mediante sentencia T-269/18 lo siguiente:

“13. Cuando la acción de tutela se interpone contra una autoridad judicial, con el fin de cuestionar una providencia proferida en ejercicio de su función de administrar justicia, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario acreditar los siguientes requisitos:

*(i) Que el caso tenga relevancia constitucional, esto es, que involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, es decir, que al interior del proceso se hubiesen agotado todos los medios de defensa judiciales al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable; (iii) **que se cumpla el requisito de inmediatez**, esto es, que la tutela se hubiese interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del*

hecho que originó la presunta vulneración; (iv) **que se trate de una irregularidad procesal con un efecto decisivo en la providencia que se impugna**; (v) **que el tutelante identifique, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados, así como, de haber sido posible, la etapa en que fueron alegados en el proceso ordinario** y, finalmente, (vi) **que la decisión judicial que se cuestione no sea de tutela**.” (Negritas y subrayas propias).

Adicionalmente, debe demostrarse que la providencia judicial presenta alguno de los supuestos específicos de procedencia para ser accionada por vía de tutela. Esto ha sido ratificado por la Corte Constitucional en sentencia SU-659 del 22 de octubre de 2015, Magistrado ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, sostuvo:

“3.3 Causales específicas de procedencia de la acción de tutela

Cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, con el fin de preservar la seguridad jurídica y respetar la independencia de los funcionarios que administran justicia, además de establecer la procedibilidad de la acción de tutela conforme a los presupuestos antes indicados, es necesario examinar si la decisión judicial cuestionada está afectada por alguna de las causales específicas de procedencia:

a- Defecto **orgánico** por carencia absoluta de competencia del funcionario judicial que dicta la providencia judicial;

b- Defecto **sustantivo**, se presenta cuando se: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de control de constitucionalidad, **(ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior**, (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad.

c- Defecto **procedimental**, cuando el funcionario judicial en el trámite de la actuación judicial desconoce la ritualidad previamente establecida para el efecto;

d- Defecto **fáctico**, que se presenta cuando el funcionario judicial carece del apoyo probatorio necesario "para aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Supone fallas sustanciales en la decisión atribuibles a deficiencias probatorias del proceso;

e- **Error inducido**, que se configura cuando la decisión judicial adoptada resulta equivocada y causa un daño fundamental como consecuencia del engaño u ocultamiento al funcionario judicial de elementos esenciales para adoptar la decisión, o por fallas estructurales de la Administración de Justicia por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público. Anteriormente denominado vía de hecho por consecuencia;

f- **Decisión sin motivación**, es decir, cuando las determinaciones adoptadas en la parte resolutive de la providencia y mediante las cuales se resuelve de fondo el asunto no encuentran en la parte motiva el fundamento o ratio decidendi, que permita a los destinatarios de las mismas ejercer un control sobre la razón de dichas decisiones y eventualmente controvertirlas;

g- **Desconocimiento del precedente constitucional**, que se configura por ejemplo cuando la Corte Constitucional ha establecido el alcance de un derecho fundamental, y éste es ignorado por el juez al dictar una decisión judicial en contra de ese contenido y alcance fijado en el precedente; y

h- **Violación directa de la Constitución**, defecto que se produce cuando el juez da alcance a una disposición normativa de forma abiertamente contraria a la Constitución, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad debiendo hacerlo y así lo ha solicitado alguna de las partes en el proceso.”

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4003-2020 del 17 de junio de 2020, sostuvo:

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y a los decretos que reglamentaron su ejercicio, la acción de tutela fue establecida para reclamar, mediante un procedimiento de trámite preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente previstos por la ley, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

*Atendiendo los principios de la cosa juzgada y de autonomía judicial, esta Sala ha mantenido el criterio de la improcedencia de la tutela contra providencias o sentencias judiciales, **salvo que, con las actuaciones u omisiones de los jueces, resulten violados, en forma evidente, derechos constitucionales fundamentales.*** (Subrayas y negrillas propias).

Así mismo, tal y como lo ha precisado esta Sala en innumerables oportunidades, es menester que previo a interponer la acción de tutela, las partes agoten las herramientas jurídicas ordinarias con las que cuentan, para obtener la protección de sus derechos fundamentales, y como consecuencia exponer la controversia ante el Juez Constitucional para que la decida.

De conformidad con lo anterior, la presente acción de tutela contra la decisión adoptada por la Sala de Descongestión Número Dos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concretamente, contra la sentencia SL106-2021, radicación número 78430 del 25 de enero de 2021, con ponencia de la Honorable Magistrada doctora Cecilia Margarita Durán Ujueta, es procedente, ya que con ella se desconocieron de manera flagrante los derechos fundamentales al debido proceso, al equilibrio en la administración de justicia, buena fe, confianza legítima, proporcionalidad e igualdad y equidad, entre otros derechos y principios constitucionales.

3- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS AL CASO CONCRETO

3.1. Como se observa dentro del proceso, sólo a partir del 1° de agosto de 1986, el Instituto de Seguros Sociales llamó a inscripción obligatoria a los empleadores de los municipios de Chigorodó, Apartadó y Turbo. Por tanto, con anterioridad a esta fecha, los empleadores de dicha zona no realizaban aportes a pensión de sus trabajadores, toda vez que no estaban obligados a hacerlo.

3.2. La normatividad existente en materia pensional en el sector privado, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era la siguiente:

Código Sustantivo del Trabajo:

ARTÍCULO 16. EFECTO.

1. *Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.*
2. *Cuando una ley nueva establezca una prestación ya reconocida espontáneamente o por convención o fallo arbitral por el {empleador}, se pagará la más favorable al trabajador.*

ARTICULO 259. REGLA GENERAL.

2. *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.*
3. *Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán 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.(Resaltado fuera del texto).

ARTICULO 260. DERECHO A LA PENSIÓN.

1. *Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.*
2. *El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.*(Resaltado fuera del texto).

La Ley 90 de 1946:

Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y cuyos artículos más relevantes, para el caso de esta Acción de Tutela, son los siguientes:

ARTÍCULO 9. *El Instituto Colombiano de Seguros Sociales tendrá como funciones principales:*

*6o. Fijar y modificar de conformidad con los cálculos del Departamento Matemático Actuarial y mediante aprobación del Presidente de la República, el monto de cada uno de los aportes o cotizaciones correspondientes a cada clase de riesgo asegurado; el lapso mínimo durante el cual no podrá ser alterado dicho monto, que no será inferior a un año, y **el número de las cotizaciones previas que den derecho a la respectiva prestación en cada modalidad de seguro;** (negrillas fuera del texto).*

ARTÍCULO 16. *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. (negrillas fuera del texto).*

ARTÍCULO 47. *El asegurado tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de vejez, no inferior a quince pesos (\$15.), sin necesidad de demostrar invalidez, cuando reúna los requisitos de edad y cotizaciones previas que el Instituto determine. (Resaltado fuera del texto).*

ARTÍCULO 50. La cuota del patrono y la del asegurado en las cotizaciones del seguro de invalidez - vejez, serán iguales. La del Estado se regirá por la norma del artículo 16. (Resaltado fuera del texto).

ARTICULO 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. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.

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. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esta obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleadores y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley. (Subraya y negrilla fuera del texto).

La Ley 171 de 1961, en su artículo 8º consagró lo siguiente:

ARTÍCULO 8º. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla sesenta (60) años de edad. La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.(...)

ARTÍCULO 13º. Toda empresa privada cuyo capital no sea inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000) deberá contratar con una compañía de seguros a satisfacción del Ministerio del Trabajo, el cumplimiento de las obligaciones actuales o eventuales que la afectan en materia de pensiones u otorgar caución real o bancaria por el

monto, en las condiciones y dentro del plazo que el ministerio le señale para responder de tales obligaciones.

El Decreto 3041 de 1966 estableció, entre otros, lo siguiente:

ARTÍCULO 11. *Tendrán derecho a la pensión de vejez, salvo lo dispuesto en el artículo 57 del presente reglamento, los asegurados que reúnan los siguiente requisitos:*

- a. Tener 60 años, o más de edad si es varón y 55 o más años si es mujer;*
- b. Haber acreditado un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.*

ARTÍCULO 32. *Los recursos para financiar las prestaciones de estos seguros y para cubrir los gastos administrativos de su gestión serán obtenidos mediante las cotizaciones calculadas actuarialmente y el rendimiento de la inversión de las reservas de dicho seguro.*

ARTÍCULO 33. *Para los primeros cinco (5) años de vigencia del seguro de invalidez, vejez y muerte, se fija la cotización global del seis por ciento (6%) y de los salarios asegurables, la cual será satisfecha en un tres por ciento (3%) por los patronos, en un uno y medio por ciento (1.5%) por los asegurados y en un uno y medio por ciento (1.5%), por el Estado. Después de los cinco primeros años de vigencia de esta seguro, la cotización global será del 9% de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un cuatro y medio por ciento (4.5%) por los patronos, en un dos y cuarto por ciento (2.25%) por el Estado. Después de los diez primeros años de vigencia de esta seguro, la cotización global será de un doce por ciento (12%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un seis por ciento (6%) por los patronos, en un tres por ciento (3%) por los trabajadores y en un tres por ciento (3%) por el Estado. Después de los quince primeros años de vigencia de este seguro, la cotización global será de un quince por ciento (15%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un siete y medio por ciento (7.5%) por los patronos, en un tres y tres cuartos por ciento (3.75%) por los asegurados y en un tres y tres cuartos por ciento (3.75%) por el Estado. Después de los veinticinco primeros años de vigencia de este seguro, la cotización global será de veintidós por ciento (22%) de los salarios asegurables, la cual será cubierta en un once por ciento (11%) por los patronos, en un cinco y medio por ciento (5.5%) por los asegurados y en un cinco y medio por ciento (5.5%) por el Estado.*

ARTÍCULO 59. *Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte hubiesen cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa, de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) o superior, cualquiera que fuere su edad, no estarán obligados a asegurarse contra el riesgo de vejez, y en consecuencia al llegar a la edad prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del trabajo y retirarse del servicio podrán reclamar con las modalidades y condiciones que establecen las leyes respectivas, la pensión de jubilación al patrono responsable. También estarán exceptuados del seguro obligatorio de vejez, los trabajadores que en el momento inicial estén gozando de una pensión de vejez a cargo de un patrono.*

PARÁGRAFO. *Quienes no estando obligados a hacerlo, por edad o por estar gozando de una pensión de vejez, se afilien voluntariamente y paguen las cotizaciones patrono-laborales establecidas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, gozarán de los mismos beneficios de los asegurados obligatorios, en los riesgos de invalidez y muerte. Las cotizaciones en estos casos serán de los dos tercios del total establecido para los tres riesgos por este reglamento.*

ARTÍCULO 60. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y este estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono.

ARTÍCULO 62. Las prestaciones de los seguros de invalidez, vejez y muerte dispuestas en este reglamento, sustituirán de derecho las obligaciones patronales que para tales riesgos establece el Código Sustantivo del Trabajo, con las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez. (Negrillas y resaltado fuera del texto)

Acuerdo 044 de 1989 del ISS, aprobado por el Decreto 3063 de 1989.

ARTÍCULO 20. COTIZACIÓN. Es el porcentaje del salario total del trabajador con que deben contribuir patronos y trabajadores para financiar un determinado seguro.

Cuando el afiliado tenga ingresos mensuales diferentes al salario ordinario pero que también constituyen salario, cotizará con base en todos ellos de conformidad con los respectivos reglamentos.

ARTÍCULO 21. APORTE. Es el valor que a cada patrono o trabajador corresponde cancelar al ISS para un determinado seguro, según el salario o ingreso real reportado.

ARTÍCULO 70 «...el patrono que no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derechohabientes, las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar...»

ARTÍCULO 79. COTIZACIONES Y APORTES. En los seguros de Enfermedad en General y Maternidad, Seguro Médico Familiar y Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, los patronos o aportarán el sesenta y siete por ciento (67%) de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento (33%).

Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

ARTÍCULO 12. Requisitos de la pensión por vejez tendrá derecho a la pensión por vejez las personas que reúnan los diferentes requisitos

- a) 60 años de edad si es varón y 55 o mas años de edad si es mujer
- b) Un mínimo de quinientas semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

ARTÍCULO 16. Compatibilidad de las pensiones legales de jubilación : Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez o muerte , lleven 10 años o mas d e servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de 800.000 pesos m/c o superior ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez o muerte . Al cumplimiento del tiempo de servicios y de la edad exigida por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas , podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y ésta estará obligado a pagar

directamente la pensión de jubilación, pero el patrono continuara cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venia cubriendo al pensionado.

ARTÍCULO 17. Compatibilidad de las pensiones de sanción : Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8 de la ley 171 de 1969, tendrá derecho a que el patrono cotice para el seguro de invalidez, vejez y muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los otros requisitos mínimos exigidos por estos reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el instituto procederá únicamente a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venia cancelando al pensionado.

ARTÍCULO 41. «...cuando un patrono no afilie a un trabajador deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS en el caso de que lo hubiere afiliado.»

Como se puede observar, ni en el anterior recuento normativo anterior a la Ley 100 de 1993, ni posterior a la vigencia de ésta, entre otras muchas cosas, es claro que **no había una sola norma que hubiese exigido a los patronos, en cuanto se refiere al tema de los tiempos laborados y no cotizados por falta de llamamiento a inscripción al anterior ISS, a asumir una prestación que, a la fecha, era inexistente.** De allí que las más recientes sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia han denominado esta realidad como una **IMPREVISIÓN DEL LEGISLADOR U ORFANDAD LEGISLATIVA.**

3.3. Como si fuera poco, la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993, mediante sentencia C-506 de 2001, declaró la exequibilidad de la norma demandada con fundamento, principalmente, en lo siguiente:

(...) El derecho a acumular tiempos servidos en el sector privado, para efecto de la pensión de vejez, no existía previamente y como tal solo surge con la ley 100 de 1993. Con anterioridad a dicha ley los trabajadores privados no podían exigir el pago de una pensión por los tiempos servidos a entidades privadas que tuviesen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si no cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva. Como corolario de lo anterior, si los trabajadores privados no alcanzaban a cumplir de manera completa tales requisitos, no se consolidaba el derecho a la prestación y las semanas servidas a la entidad no podían tenerse en cuenta para efectos de ninguna otra pensión.(...)

Para los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, antes de la ley 100 se consagraba, entonces, una simple expectativa de su derecho a pensión que solo se concretaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos respectivos (artículo 260 del Código del Trabajo y ley 6 de 1945 y 65 de 1946). (...)

Para la Corte al respecto, la argumentación planteada por la demandante atinentes al empobrecimiento del trabajador y el correlativo enriquecimiento injustificado del empleador en este caso, desconoce el hecho de que en lo concerniente a las relaciones laborales extintas antes del 23 de diciembre de 1993 (fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993) no había nacido ningún tipo de obligación en cabeza del empleador ni ningún derecho correlativo en cabeza del trabajador que pudiera considerarse válidamente un derecho patrimonial y que fuese por tanto exigible al primero de ellos. Como se dijo atrás los trabajadores que se encontraban en estas circunstancias tenían una simple expectativa de derecho que solo se consolidaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales.

Crear en cabeza del empleador una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 y 58 C.P.) (...)

Los fines que persigue el sistema de seguridad social, y que son claramente loables desde el punto de vista constitucional, y que establecen cargas tanto al Estado como a los particulares, no se pueden alcanzar sino con el estricto respecto de los principios del Estado de Derecho, dentro de los cuales se encuentra el de la irretroactividad de la ley en el tiempo.

Es por ello que no resultaría aceptable que la nueva ley pudiera afectar situaciones jurídicas consolidadas antes de su vigencia, por lo que tuvo razón el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en materia de seguridad social (arts 48 y 53 C.P.) al encaminar sus esfuerzos para hacer efectivo el principio de universalidad de la seguridad social, limitándolo a los vínculos laborales existentes o a los que pudieran crearse después de la entrada en vigencia de la norma atacada. (Negritas y subrayas propias).

En consecuencia la Corte declarará la exequibilidad del literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

De esta manera, en la parte resolutive de la providencia se dijo:

Primero. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley”, contenida en el literal c) del párrafo 1º, del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

3.4. Esta misma norma fue nuevamente demandada, lo cual llevó a que la Corte Constitucional se pronunciara mediante sentencia C-1024 de 2004, absteniéndose de dictar un nuevo pronunciamiento, ya que había operado el efecto de cosa juzgada material, pero adicional, recalcó que la norma demandada era conforme a la Constitución. Dijo la Corte:

A juicio de esta Corporación, la disposición acusada resulta acorde a la Carta Fundamental, entre otras, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, no gozaban de un derecho adquirido sobre dicha pensión, sino de una simple expectativa, hasta tanto se constatará el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en las leyes vigentes (artículo 260 del Código del Trabajo y Ley 6 de 1945 y 65 de 1946).

En segundo término, y en estrecha relación con lo expuesto, porque de haberse aplicado la Ley de 1993 a los trabajadores con vínculos laborales no vigentes al momento de su entrada en vigencia, hubiese necesariamente implicado para los empleadores la imposición de una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida, contrariando el principio de seguridad jurídica, postulado básico del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1º y 58).

4- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA OBJETO DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA

- 4.1. Como se observa, la decisión objeto de la presente alegación, acoge en su totalidad la posición asumida por los falladores de las distintas instancias y considera que la decisión estaba debidamente ajustada, no solo a derecho, sino también a la amplia jurisprudencia que, sobre ese tema, viene desarrollando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el 2014.
- 4.2. Es obvio entender que, al buscar soporte en la jurisprudencia obrante desde el 2014, la “coherencia” de la jurisprudencia, llevó a esta instancia a condenar a la Compañía Frutera de Sevilla al reconocimiento y pago de los títulos pensionales solicitados con la demanda.
- 4.3. Sin embargo, a pesar de la “coherencia” jurisprudencial que sobre esos asuntos se ha venido desarrollando, siempre, de la manera más respetuosa, hemos tratado de hacer ver las “inconsistencias” que dichas decisiones han venido reiterando y, sobre todo, la forma como dichas sentencias han “distorsionado” completamente el espíritu del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por

el artículo 9 de la ley 797 de 2003 y sus consecuencias al momento de aplicar dicha posición.

- a. Empezaré con analizar el “error” más notorio en los mencionados fallos, que tiene como principal soporte la sentencia CSJ SL17300 de 2014: Dice el literal d) del párrafo primero: “.d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.” Pareciera necesario entonces remitirnos a la definición que, sobre dicho término, trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua:
- “ Del lat. *Omissio, Onis*
1. f. Abstención de hacer o decir. 2. f. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberlo a ejecutado. 3. f. Flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto.”

Como si fuera poco, omisión significa, según el inciso 6º del artículo 17 del decreto 3798 de 2003, no haberlo afiliado estando en la obligación de hacerlo.

En orden de ideas, para el caso que nos ocupa, es necesario reiterar que los entonces dueños donde laboraron los demandantes, antes del 31 de julio de agosto de 1986, no estaban obligados a la afiliación por falta de cobertura en la zona donde se prestaba el servicio y, por ese motivo, no puede ser posible que los jueces sigan hablando de omisión.

- b. También se ha descontextualizado el literal c) de ese mismo párrafo primero del artículo 9 de la ley 797 que reza lo siguiente: “ c) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 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”.

De manera más expresa no podía referirse el legislador al señalar que el patrono obligado era aquel que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, pues no puede entenderse que sea otro tipo de pensión. Y en este sentido, la Corte ha desconocido su muy amplia jurisprudencia que diferencia claramente el hecho puro y simple de tener a su cargo una prestación, o mera expectativa y el hecho consumado de la adquisición de un derecho por el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento del mismo. En sus decisiones, la Corte ha estimado que por el solo hecho de estar la prestación denominada pensión de jubilación en cabeza de un empleador, sin importar si se hubiesen o no cumplido los requisitos para su reconocimiento, el patrono solo podía liberarse cuando se subrogaba en la entidad de seguridad social, trasladando a la misma el valor correspondiente a un cálculo actuarial por los períodos trabajados y no cotizados, por el solo hecho de haber estado la prestación a su cargo.

- c. Por haberse expuesto con anterioridad, no me extenderé nuevamente en el análisis, del literal c) en el tema de “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993”.
- d. En el desarrollo de la misma sentencia SL17300/14, la Sala Laboral ha estimado que “.. el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del ISS, **equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa** de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación”.
- e. También afirma la Corte que al trabajador se le deben reconocer esos tiempos laborados y no cotizados, “ sin importar la razón que tuvo el empleador para dejarlo de afiliar, solución que a la fecha se emplea, en los eventos en que la falta de afiliación se deba a la ausencia de cobertura del sistema de seguridad social, por creencia del empleador, de no encontrarse regido por una relación laboral, incluso, independientemente de si el contrato de trabajo se encontraba vigente o no cuando entró a regir la ley 100 de 1993. Todo ello, en apoyo de la evolución normativa y

jurisprudencial... **en armonía con los principios de la seguridad social (universalidad, unidad e integralidad).**” Sentencia SL394 de 2020 Radicación 77828.

- 4.4. Como si fuera poco, la Sala Laboral de la Corte ha estimado que ante “.d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.” deban las empresas cancelar un cálculo actuarial para que esos tiempos sean tomados en cuenta por el régimen de Prima Media. En igual sentido lo consagró el decreto 1833 de 2016, en su artículo 2.2.16.7.18, inciso sexto al declarar “.En caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, solo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Capítulo 4 Título 4 de la parte 2 del libro 2 del presente decreto..” ..” Para dicho fin, la Sala Laboral de la Corte remite al decreto 1887 de 1994, algo que es a todas luces completamente desproporcional, ilegal e injusto, **pues no tiene ningún sentido de “justicia” aplicarle igual medida a quien efectivamente incumplió como también a quien simplemente no incumplió porque no había sido llamado a afiliar a sus trabajadores por falta de cobertura de dicha prestación en la zona donde se prestaba el servicio.**

Ahora bien, llegado a este punto, sin necesidad de seguir en más discusiones sobre si lo dicho en virtud de ese desarrollo jurisprudencial es acertado o no, bastaría concluir que dichas sentencias y, sobre todo las consecuencias de las mismas, encuentran soporte, en el decir de la Corte, en que hay una **ORFANDAD LEGISLATIVA** y que las consecuencias de la misma no pueden trasladarse al trabajador y que todo lo decidido es en armonía con los **PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, UNIDAD E INTEGRALIDAD.**

5- MOTIVOS EN LOS QUE SOPORTO LA ACCIÓN DE TUTELA

A pesar de todo lo que he venido explicando, debo iniciar afirmando que el sustento de la presente acción de tutela va mucho más allá de la simple consideración subjetiva de si estamos o no de acuerdo con la decisión sobre la cual recae esta acción de tutela, esto va mucho más allá de esa “simple” observación.

No es mi intención con la presente plantear ante Ustedes si la decisión cuestionada fue arbitraria o alejada de nuestro ordenamiento jurídico; no es volver al análisis normativo o jurisprudencial que soportan la decisión atacada; no es la utilización de un recurso adicional con la cual se pretende atacar la misma; no es la intención de solicitar un árbitro que determine si los planteamientos valorativos y hermenéuticos usados son o no los correctos. No, trataré simplemente de hacer ver, adicional a todo lo dicho durante las distintas instancias del proceso, como se ha dado un desequilibrio absoluto al momento de invocar la aplicación de unos derechos y principios fundamentales, en especial, demostraré la no aplicación a favor de los empresarios de los principios de JUSTICIA, IGUALDAD Y EQUIDAD al momento de decidir las consecuencias de la llamada ORFANDAD LEGISLATIVA.

5.1. Después de casi siete años del cambio jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en este tema específico de los tiempos laborados y no cotizados, entendemos la importancia y la trascendencia de dichas decisiones y, más allá de seguir discutiendo conceptos sobre la omisión; sobre prestaciones a cargo del empleador; y otros temas sobre los que se ha basado la defensa en estos casos, es necesario entonces acudir a los mismos argumentos y principios esgrimidos por la Sala Laboral de la Corte, para que, desde la razón de ser de la defensa, en el mismo sentido, sean tenidos en cuenta esos principios y derechos fundamentales al momento de seguir fallando en este tipo de procesos.

5.2. Sobre la aceptación de que, en este tema concreto, se ha presentado una ORFANDAD LEGISLATIVA y que la misma no puede afectar al trabajador, sobre ese mismo argumento de la ORFANDAD LEGISLATIVA, tendríamos que decir que la misma tampoco puede afectar al sector empresarial. Sin embargo, vemos todo lo contrario pues es precisamente

al sector empresarial a quien se le ha “cargado” toda la responsabilidad de dicha orfandad legislativa porque se le está poniendo a asumir una “obligación pensional” que no tenía y de la manera más onerosa posible, esto es, a través de un título pensional calculado en los términos del decreto 1887 de 1994 que exclusivamente estaba reservado para ser impuesto al patrono realmente omiso.

5.3. En la medida que por motivo de la orfandad legislativa, sus consecuencias no pueden trasladarse al trabajador, esto en armonía con los principios de Universalidad, Unidad e Integralidad, con esos mismos principios, sumados a los principios de **JUSTICIA, IGUALDAD Y EQUIDAD**, es claro que todos esos principios invocados no están siendo tomados en cuenta por la Sala Laboral de la Corte al dictar sus decisiones, ello por que todas las “consecuencias” de esas sentencias, como se ha dicho, se han radicado de manera exclusiva en cabeza de los empleadores.

5.4. JURISPRUDENCIA QUE SOPORTA LA SOLICITUD DE REVOCACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA. Como es bien sabido por esta Honorable Sala, tanto la Corte Constitucional como la Sala Laboral de la Corte, después de mucho tiempo de evaluar y decidir sobre este asunto de los tiempos laborados y no cotizados por falta de llamamiento a afiliación, han coincidido en punto esencial: Que el problema radica en la denominada ORFANDAD LEGISLATIVA u OMISIÓN REGLAMENTARIA (para la Corte Constitucional). En desarrollo pues de esa situación, de manera unánime, ambas Cortes han decidido acudir a nuestra Constitución Política y, en virtud de una serie de principios constitucionales, han concluido definitivamente que el trabajador no puede perder esos tiempos laborados y no cotizados.

Ahora, el asunto se resume a determinar como se debe proceder al momento de entrar a reconocer efectivamente esos periodos de tiempo.

5.5. Posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia: Como se expuso, desde la sentencia CSJ SL9856 de 2014, “..esta Corporación eliminó la inmunidad que se otorgaba al empleador que no afilió a sus trabajadores al sistema de seguridad social por falta de cobertura en un determinado territorio y, en su lugar, estableció que en los lapsos de no afiliación, los empleadores, a pesar de que no actuaran de manera negligente, debían asumir el riesgo pensional frente a sus trabajadores, por cuanto, respecto de ellos, se mantenían determinadas obligaciones y responsabilidades en relación a aquellos..”. Con esa posición, como se dijo en un principio, la Sala Laboral le dio su “propia interpretación” al artículo 33 de la ley 100 de 1993 y ha ordenado la realización de cálculos actuariales a cargo totalmente de el empleador.

5.6. Posición de la Corte Constitucional: Como se ha venido afirmando, si bien es cierto que, en el fondo, ambas Cortes coinciden en que la IMPREVISIÓN DEL LEGISLADOR (Sala Laboral de la Corte) o la OMISIÓN REGLAMENTARIA (Corte Constitucional), basados en los principios constitucionales de Universalidad, Unidad e Integralidad, esta situación no puede por ningún motivo recaer exclusivamente sobre el trabajador porque “ ..por lo demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse sobre la parte débil de la relación laboral..” (CSJ sentencia del 16 de julio de 2014 radicación 41745).

Pero en este punto concreto, la posición de la Corte Constitucional ha oscilado entre sentencias que van encaminadas al pago del cálculo actuarial como lo pregona la Sala Laboral de la Corte o, en la mayoría de sus decisiones, en especial, las más recientes, han ido desde ordenar el cálculo actuarial con valores actualizados de los aportes dejados de pagar por el empleador (Ver las sentencias mencionadas en la respuesta de la demanda, en especial, la T-770 de 2013 y la T-760 de 2014 precisamente en un proceso en el cual estaba involucrada una sociedad ubicada en la zona de Urabá de nombre Agrícola El Retiro) hasta concluir que el pago de los mencionados aportes debe hacerse en proporción del 50% en cabeza del empleador; 25% a cargo del trabajador; y 25% responsabilidad del Estado.

De la misma manera, en las sentencias T-410 de 2014 y T-665 de 2015, al hacerse un análisis de la sentencia C-506 de 2001 que declaró exequible la previsión del artículo 33, literal c) de la ley 100 de 1993 que avaló la imposibilidad de reconocer los tiempos servidos con anterioridad y cuya relación laboral hubiere terminado antes de la entrada en vigencia de dicha norma, se estableció de que dicha sentencia hacía tránsito de cosa juzgada relativa y por tanto era inaplicable a los asuntos que ellas estudiaban. Por lo tanto, esas

sentencias ordenaron al empleador efectuar un cálculo actuarial por los aportes dejados de efectuar cuando no había cobertura del Instituto de los Seguros Sociales.

También la Corte Constitucional, en distintas sentencias, ha ordenado la concurrencia en el pago de las cotizaciones del 75% a cargo del empleador y el 25% a cargo del trabajador en tanto ha considerado la Corte Constitucional que, en estos casos, **tampoco hubo culpa del empleador al no realizar los aportes por no haber sido llamado a afiliarse, razón por la cual es desproporcionado que asumiera toda la deuda.**

Ahora, por considerarlo de vital importancia para todo el sector empresarial del país, quiero traer al estudio de esta Honorable Sala, la sentencia T-281 de 2020 de la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, que después de un profundo análisis de lo que ha sucedido alrededor de este tema puntual de los tiempos laborados y no cotizados, entre otros apartes y que con todo respeto copio en su integridad, manifestó lo siguiente:

“..6. La omisión reglamentaria en el tránsito entre pensiones de jubilación y pensiones de vejez. El principio de la equidad

6.1. Como se advirtió, el ICSS había sido facultado por la propia Ley 90 de 1946 para regular todo lo referido al proceso de inscripción y afiliación de trabajadores, así como los requisitos, plazos y condiciones en que se debían efectuar las cotizaciones en su favor. En efecto, el artículo 21 de la norma en cita prescribía que: “[e]l patrono estará obligado a entregar la totalidad de la cotización, es decir, tanto su propio aporte como el de sus asalariados, en su caso, a la correspondiente Caja Seccional, en el tiempo y forma que establezca el Instituto”. (Subrayas fuera de texto).

6.2. Del mismo modo, esta Sala sostiene que el ICSS estaba facultado por el legislador para, primero, definir si aceptaría las cotizaciones provenientes de fechas en que no había contado con la correspondiente cobertura y, segundo, establecer reglas precisas para que ello se llevara a cabo. Esta lectura, se desprende del artículo 76 de la Ley 90 de 1946. Nuevamente, es del caso citar ese precepto:

“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. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales”. (Subrayas fuera de texto).

6.3. Así entonces, el Instituto tenía la posibilidad de recibir el pago de las cotizaciones que correspondieran a esos tiempos, en principio, no cotizados por falta de cobertura. Si la autoridad administrativa aceptaba ese compromiso, debía regular la forma en que correspondería al empleador pagar las “cuotas proporcionales correspondientes” de que trata el artículo. Dicho de otra manera, el empleador no debía cancelar tales cuotas si antes el ICSS no se disponía a recibirlas. Con todo, y por lo observado en el recuento normativo, la entidad decidió no asumir esos tiempos y, por consiguiente, nunca dispuso de qué manera debían cobrarse las cotizaciones aludidas. Omitir este aspecto fue el resultado de la voluntad de su Consejo Directivo.

6.4. Esta omisión generó, indirectamente, que los tiempos trabajados por todos aquellos que no cumplieron con las reglas de transición previstas en el Decreto 3041 de 1966 (artículos 57, 60 y 61; *supra* II, 4.5.), no sirvieran a ningún fin en materia de seguridad social, a pesar de que habían sido fruto de su esfuerzo. Las consecuencias de la omisión referida, como se advierte, afectan únicamente al trabajador, no al empleador ni al Estado. Además, ello no cuenta con una justificación concreta y suficiente. Es decir, al revisar las normas emitidas por el ICSS, no se descubre que la falta de regulación de estos supuestos se haya fundado en causas precisas e imperiosas en virtud de las cuales fuere necesario sacrificar los intereses legítimos del empleado. De allí su injusticia.

6.5. **En este punto, la Sala se remite al análisis efectuado, particularmente, en las Sentencias T-937 de 2013 y T-435 de 2014 en lo referido a la equidad como criterio idóneo para remediar las injusticias derivadas de la omisión reglamentaria,** máxime cuando se trata de resolver un asunto inscrito en la lógica del derecho laboral, pues, en tal contexto, el propio Código Sustantivo del Trabajo ha permitido al juzgador su uso. A esta altura, y en concordancia con lo que señala el artículo 230 Superior, es preciso acudir a él, también, en su calidad de criterio auxiliar. (Negrillas y resaltado fuera del texto original).

6.6. En principio, es ampliamente aceptado que las reglas previstas por el legislador deben ser aplicadas a todos los casos que se circunscriben a ellas, precisamente porque las normas han de entenderse generales y, por tanto, de aplicación universal *prima facie*; lo cual garantiza, entre otros, el derecho a la igualdad. Sin embargo, fallar en equidad permite al operador jurídico revisar si a la luz del caso concreto y sus particularidades, la subsunción del asunto en la ley no permite una solución justa y, por tanto, es preciso proponer otra que sí lo sea. La Sentencia T-435 de 2014, advirtió, en otras palabras, *“que la equidad tiene como propósito ajustar el derecho a las particularidades de cada asunto, racionalizando la igualdad que la ley presupone y ponderando aquellos elementos que el legislador no consideró como relevantes y que, por lo mismo, pueden llevar a la formación de injusticias. [L]a equidad tiene en cuenta los efectos concretos que se derivan para las partes del hecho de cumplir con el deber de decidir un asunto en específico”*.

6.7. En lo que se refiere al elemento de la ponderación, con esta herramienta se busca permitir al juez distribuir las cargas que la norma, con un carácter abstracto, impuso a sus destinatarios. Asimismo, admite remediar los *“espacios dejados por el legislador, con miras a evitar la consolidación de injusticias, ya sea porque no se regló una hipótesis específica dentro de una norma, o porque una situación en general no ha sido regulada”*. Del mismo modo, cabe señalar que decidir un caso acudiendo a las reglas de la equidad, no implica hacerlo arbitrariamente, razón por la que es esencial identificar, en el contexto empírico, las circunstancias que dan al asunto una connotación especial, en el marco de la cual aplicar literalmente un enunciado normativo puede constituir una carga excesivamente onerosa para una de las partes.

6.8. Se ha visto que la regulación de la materia expuesta en esta providencia impuso una carga desproporcionada al empleado, cual fue la de impedirle el conteo de los tiempos trabajados antes de su afiliación al seguro social a efectos de poder acceder a su pensión de vejez. Así también, se advierte que el ICSS libró totalmente al empleador del pago de tales aportes, aun cuando pudo asumir una posición distinta en virtud de las facultades dadas por el artículo 76 de la Ley 90 de 1946. En consideración a este desequilibrio, **la Corte estima que deben redistribuirse proporcionalmente las cargas a fin de ofrecer una solución justa**. Sobre el asunto, refiriéndose en concreto a aquellos eventos donde con ocasión de circunstancias como las presentes una persona no puede completar las semanas mínimas requeridas para obtener la pensión de vejez, la Corte ha señalado que: *“(...) es precisamente la carga excesivamente onerosa que debe soportar el trabajador en estos casos lo que repugna a dicho principio [el de la equidad], pues como consecuencia de la ausencia de un remedio jurídico a su situación, estas personas actualmente no cuentan con un auxilio mínimo en su senectud, a pesar de haber entregado su fuerza laboral, en casi todos los casos, en su edad más productiva”*. (Negrillas fuera del texto original)

6.9. **Con todo, teniendo presente que la equidad es un principio que busca soluciones ponderadas, tampoco corresponde, en su nombre, imponer cargas desproporcionadas en cabeza del empleador.** (Negrillas fuera del texto original). Este, por las disposiciones enunciadas, tenía dos obligaciones concretas: una, era la de pagar una pensión de jubilación si se acreditaban los requisitos previstos en la Ley 6 de 1945 o en el Código Sustantivo del Trabajo; y, la otra, era efectuar las cotizaciones en favor de su empleado siempre que el ICSS lo llamara. Sin embargo, el hecho de que por la omisión reglamentaria referida el *patrono* no hubiese respondido con lo anterior, no es óbice para que esta Sala busque un mínimo de *“justicia en las relaciones que surgen entre [las partes], dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”*.

6.10. Así, desde esta perspectiva, ese mínimo de justicia se logra reiterando las reglas que estableció la Sentencia T-435 de 2014. En aquella oportunidad, se sostuvo que, para conceder el derecho a la pensión de vejez, en casos que contengan las mismas características del presente, el juez constitucional debe constatar la concurrencia de las siguientes condiciones, a saber:

“(i) La relación laboral se inició y se extinguió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 [...]; (ii) No cumplir con los presupuestos para acceder a la pensión de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, por no haber laborado 20 años de manera continua con el mismo empleador; (iii) Tampoco cumplir los requisitos para acceder a la “pensión sanción” o a su equivalente, ni para beneficiarse de las hipótesis de compartibilidad establecidas y ya explicadas, entre otras normas, en el Decreto 3041 de 1966; (iv) Si durante la vigencia de la relación laboral el empleador no tuvo la obligación legal de afiliarlo al ISS, ni de pagar las respectivas cotizaciones periódicas; y (v) El tiempo cotizado sea insuficiente para acceder a la pensión de vejez, pero que sumado con el período trabajado sobre el cual no se realizaron aportes, cumple con el número necesario de semanas para obtener la prestación [...] o estaría muy cerca de ello”.

6.11. Los criterios anteriores permiten al juez constitucional definir si una persona puede ser beneficiaria de la pensión de vejez en los términos expuestos, pero no resuelven en qué condiciones deben ser habilitados los tiempos no cotizados en caso de que ello suceda. La misma sentencia citada, pretendió resolver el asunto indicando tres reglas adicionales: la primera, establece que los aportes deben realizarse en favor de la administradora de pensiones, no por la totalidad del tiempo laborado (sin cobertura del ICSS), sino por el *“necesario restante para que la persona pueda pensionarse o todo si las semanas aún son insuficientes”*; la segunda, ordena que la base para el referido pago no debe ser el sueldo que devengaba el antiguo empleado, *“sino el salario mínimo de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral”*; y, la tercera, estipula que el trabajador también debe participar en la cancelación de estos aportes *“en una proporción”*.

6.12. Los presupuestos enunciados tienen la finalidad concreta de permitirle al empleado beneficiarse de una prestación económica en su vejez, al haber cumplido el tiempo de trabajo exigido en las normas que regulaban la materia aun cuando, por algunos periodos, no existió cotización. **Así mismo, toda vez que se acepta la ausencia de responsabilidad del patrono en el no pago de estos aportes, se ideó una medida a partir de la cual este no tendría que responder por la totalidad de los mismos; lo cual es suficiente para que el trabajador no pierda su derecho y para que la estructura financiera de la entidad no sufra un grave menoscabo.** (Negrillas y resaltado fuera del texto original)

“7. Caso concreto

7.1. Para recapitular, el accionante consideró vulnerados sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, toda vez que aun cuando laboró, interrumpidamente, desde 1948 hasta 1961, y que con posterioridad cotizó 476,43 semanas más, no pudo acceder a una pensión de vejez porque, durante el primer lapso, la Cervecería Unión S.A. no realizó los aportes al sistema de pensiones. Tal empresa, por su parte, aceptó que el vínculo laboral existió con el actor en los términos indicados por él, pero defendió que no estaba obligada ni legal ni reglamentariamente a efectuar cotizaciones por esa época en tanto el ICSS empezó a funcionar, en materia pensional, desde el 1º de enero de 1967. De otro lado, Colpensiones ha afirmado que, en caso de que se reconozca el derecho a la contabilización de los tiempos laborados con anterioridad al llamamiento que hiciera el ICSS, le correspondería, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al empleador pagar en su favor un cálculo actuarial para validarlos y, una vez ello ocurra, proceder con el reconocimiento de la pensión de vejez.

7.2. Esta Sala estima que, si bien es admisible la posición de la empresa accionada, en lo referido a que no estaba obligada a efectuar cotizaciones por los periodos que echa de menos el tutelante, ello fue consecuencia de una omisión reglamentaria en que incurrió el ICSS cuando no desarrolló el artículo 76 de la Ley 90 de 1946. Esto, por supuesto, derivó en que se presentaran situaciones injustas y contrarias a la equidad como la de quien, a pesar de haber trabajado durante el tiempo requerido en los reglamentos de tal entidad para acceder al beneficio económico, no podía pensionarse por falta de aportes.

7.3. Esta fue, en efecto, la situación del actor. Para analizar su caso y su eventual derecho prestacional, es preciso detenerse en los siguientes hechos probados: 1) nació el 25 de marzo de 1932; 2) trabajó, sin cotizaciones, para la Cervecería Unión S.A. por dos periodos: el primero, desde el 8 de junio de 1948 hasta el 10 de septiembre de 1951; y el segundo, desde el 4 de mayo de 1953 hasta el 29 de agosto de 1961; y 3) ha cotizado, también de manera interrumpida, 476,43 semanas entre el 7 de julio de 1969 y el 24 de marzo de 1981.

7.4. Con esto, se tiene que el peticionario, en primer lugar, no completó el tiempo de servicios necesario (20 años) para que la entidad lo pensionara por su cuenta, de conformidad con las reglas de la Ley 6 de 1945 o del Código Sustantivo del Trabajo. En efecto, con ella trabajó 11 años y 6 meses. Y, en segundo lugar, aun cuando laboró más de 10 años con la accionada, no se ha debatido en qué términos culminó la relación laboral, esto es, si se desvinculó voluntariamente o si fue despedido con o sin justa causa, de manera que esta Sala no puede asumir que aquel tenga derecho a la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo octavo de la Ley 171 de 1961.

Asimismo, el actor no se encontraba contemplado en los supuestos previstos en los artículos 57, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966, toda vez que (i) nació después de 1917, luego, tenía que acreditar el número mínimo de semanas exigido en el artículo 11 de la misma norma, esto es, 500 en los 20 años previos al cumplimiento de la edad o 1.000 en cualquier tiempo; (ii) no completó 15 años de servicios con la Cervecería Unión S.A.; y (iii) como se ha visto, aunque superó los 10 años de trabajo con aquella, no está clara la causa de su desvinculación.

7.5. En lo que tiene que ver con el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez que pagaba el Seguro Social, se advierte que los 60 años de edad los cumplió el 25 de marzo de 1992. Para ese momento, el Decreto 3041 de 1966 (Acuerdo 224 del mismo año) había sido derogado por el Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 del mismo año). Sin embargo, a pesar del tránsito normativo, el artículo 11 de la primera norma se reprodujo, en idénticos términos, en el artículo 12 de la segunda. Así, revisado el historial de cotizaciones (sin tener en cuenta el periodo laborado con la accionada) se tiene que durante toda su vida laboral, posterior a 1967, el tutelante aportó, con diversos empleadores, 476,43 semanas, de las cuales, en el lapso comprendido entre los 40 y los 60 años, cotizó 360: escenario en el que no tendría derecho a la prestación.

No obstante, si se sumara a los anteriores tiempos lo trabajado con la Cervecería Unión S.A. (596 semanas), se tendría que el peticionario cumplió con 1.072 semanas, en cualquier tiempo, esto es, más de lo exigido en el Decreto 758 de 1990. De tal manera, concluye la Corte, para el reconocimiento y pago de la prestación, es esencial, en este caso, que se validen, a través de un mecanismo equitativo como el dispuesto en la parte dogmática de esta providencia (*supra* II, 6.11), no todas las semanas por las que la accionada dejó de aportar, sino solo las necesarias para completar el tiempo que falte para la pensión, es decir, 523,57. Esto porque, de lo contrario, el señor Tamayo Ramírez perdería su esfuerzo laboral y con ello vería afectados irremediablemente sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna.

7.6. En suma, admitiendo que la no cotización de los periodos en disputa se debió a la falta de regulación del ICSS –entidad delegada por el Congreso para darse sus propias normas y regular lo concerniente a los riesgos de IVM– y no a una cierta omisión del empleador, no puede proceder el sistema del cálculo actuarial. En este punto, esta Sala se aparta de la posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia en los últimos años (*supra* II, 5.2.), según la cual, corresponde al empleador pagar ello en su totalidad, porque este era quien tenía bajo su responsabilidad el reconocimiento de la pensión patronal, en caso de que se causara.

La Corte Constitucional, por su parte y para proteger la sostenibilidad financiera del sistema, ha ordenado que los tiempos no cotizados por falta de cobertura, se validen a través de distintos mecanismos: ordenando (i) a la administradora liquidar, con valores actualizados, lo que el empleador dejó de aportar para que este último pagara esa cifra (Sentencias T-784 de 2010, T-712 de 2011, T-549 de 2012 y T-770 de 2013); (ii) al empleador, cancelar un cálculo actuarial en favor de la administradora (Sentencias T-469 de 2015, T-665 de 2015, T-714 de 2015, T-194 de 2017, T-207A de 2018, T-337 de 2018, T-396 de 2018 y T-429 de 2018), y (iii) la concurrencia, en el pago de las cotizaciones necesarias para acceder al beneficio pensional, del empleador (75%) y del trabajador (25%), en tanto no hubo culpa alguna del primero al no realizar los aportes en su momento; razón por la cual era desproporcionado que asumiera toda la deuda (Sentencias T-492 de 2013, T-937 de 2013 y T-435 de 2014).

7.7. Esta Sala estima que exigir de la empresa el pago de la totalidad de los aportes adeudados, tiene una connotación sancionatoria. Históricamente ha procedido cuando un empleador no ha afiliado a un trabajador o no ha cancelado los aportes en su favor, aunque debía hacerlo. Desde los Decretos 1824 de 1965 y 3041 de 1966 se estipuló como castigo,

para el empresario, el desembolso integral de la cotización –incluida la cuota del trabajador– solo cuando no descontaba del salario de aquél la proporción que le correspondía. En los demás eventos, los aportes tenían que financiarse de manera tripartita, participando, al tiempo, el Estado, el empleador y el empleado. Ambos Decretos, en sus artículos 21 y 38, respectivamente, incluyeron una cláusula idéntica del siguiente tenor: “*Si el patrono no descontare el monto de la cotización del asegurado en la oportunidad señalada en este artículo, no podrá efectuarlo después y las cotizaciones no descontadas del asegurado, serán también de cargo del patrono*”.

7.8. También es sancionatoria la previsión dispuesta en el literal *d* del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, incluido por la Ley 797 de 2003. Allí se establece que, para el reconocimiento pensional, también puede tenerse en cuenta “*el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador*”, la solución que el mismo artículo plantea es que la empresa cancele un cálculo actuarial para que esos tiempos sean tomados en consideración por el Régimen de Prima Media. En esta misma línea, el Decreto 1833 de 2016, en su artículo 2.2.16.7.18 –inciso sexto–, señala con toda claridad que este remedio judicial es aplicable cuando “*por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo*” (subrayas fuera de texto).

7.9. En la actualidad, este llamado cálculo actuarial, se encuentra regulado en el mismo Decreto 1833 de 2016 de cuyo contenido se extrae, primero, que su valor depende de unas formulaciones matemáticas específicas y, segundo, que en su pago no participa nadie más que el empleador.

7.10. Este Tribunal asume, entonces, que en razón a que la Cervecería Unión S.A. no omitió, por su propio capricho el pago de las cotizaciones correspondientes a periodos donde el Instituto no había logrado la cobertura necesaria, la habilitación de una parte de esos tiempos debe hacerse a través de un mecanismo alterno, que responda a la realidad de este caso y que sea equitativo. Esto porque, así como se ha sostenido que no es procedente que el trabajador asuma en soledad las consecuencias de la no reglamentación de estos escenarios, tampoco puede cobrarse al empleador la totalidad de lo debido porque con eso se afirmarían que fue su responsabilidad la no entrega de tales dineros, lo que, como ha quedado demostrado a lo largo de la providencia, sería incorrecto.

7.11. Adicionalmente, esta connotación sancionatoria no es lo único que preocupa a la Sala, pues, también debe aceptarse que las empresas que asumían pensiones de jubilación, por su capacidad de producción y su capital, contaban, en muchos casos, con un gran número de trabajadores, razón por la cual, aplicar de manera retroactiva y después de muchos años una obligación que legalmente no debían asumir, podría tener una carga excesivamente onerosa sobre su estabilidad financiera si todos aquellos pidieran, en su favor, la realización del cálculo actuarial indicado para, por ejemplo, acceder a reliquidaciones de las pensiones que ya devenguen. Esto sería contrario al principio de la equidad del que trató el capítulo sexto de esta providencia, toda vez que se crearía un nuevo desequilibrio que, ciertamente, tendría consecuencias económicas más o menos graves, dependiendo del tamaño de la entidad. De allí que esta providencia haya limitado, a los casos que –como el presente– cumplan con las condiciones previstas en el fundamento jurídico II, 6.12, la posibilidad de habilitar algunos periodos trabajados y no cotizados por falta de cobertura del ICSS.

7.12. Por otra parte, habida cuenta que las cotizaciones necesarias para que el actor acceda al derecho deben pagarse, a efectos de que la administradora de pensiones encuentre soporte financiero para el reconocimiento de la prestación, ampliando lo dispuesto por la Sentencia T-435 de 2014, se establecerá una fórmula en la que, tomando como referencia el salario mínimo de aquella época, se aporten 523,57 semanas, de las 596 trabajadas con la accionada, en la forma tripartita indicada por los artículos 16 de la Ley 90 de 1946 y 33 del Decreto 3041 de 1966. Con esto, el empleador deberá cancelar un 50%, el trabajador un 25% y el Estado –representado por Colpensiones– otro 25%. Así, la Corte busca, por un lado, dar cumplimiento a la regulación de la época y, por otro, cobrar al Estado una parte de la cuota, lo cual se corresponde con un sentido de justicia si se asume que el causante de la omisión de que trató el capítulo quinto fue el ICSS.

7.13. Ahora bien, con lo dicho, esta Corte admite que el derecho a la pensión de vejez del accionante se causó el 25 de marzo de 1992, fecha para la cual, contando los periodos efectivamente cotizados al sistema de seguridad social y los trabajados (sin aportes), el

susodicho acreditó los dos requisitos esenciales para ello (edad y tiempo de servicios), de acuerdo a lo normado en el Decreto 758 de 1990. Sin embargo, de ello no se sigue que la prestación deba ser pagada desde tal fecha. En efecto, la protección que en esta ocasión se brinda, tiene por objeto amparar, principalmente y por las circunstancias en que se encuentra el peticionario, su derecho al mínimo vital. Para conseguir esa finalidad, no es del caso ordenar, y menos en sede constitucional, la cancelación en su favor de cerca de 28 años de mesadas pensionales, pues ello desbordaría el objeto mismo de la presente causa, motivo por el cual esta Corporación ordenará a Colpensiones, como se consignará en la parte resolutive de la providencia, reconocer y pagar la prestación desde el día en que se emite la presente providencia.

7.14. Por último, en tanto fue informado por Colpensiones que mediante la Resolución No. 13718 de 2008, el ISS reconoció al actor una indemnización sustitutiva en cuantía única de \$3.805.277 m/cte, tomando en consideración las 476,43 semanas efectivamente cotizadas, esta Corte considera necesario que, en virtud de la incompatibilidad entre esa prestación y la pensión de vejez, tal valor deba cobrarse al actor con su respectiva indexación. Así las cosas, tanto ese monto, como el 25% de los aportes pendientes de pago por algunos periodos que trabajó con la accionada, corren por su cuenta, de manera que se faculta a la administradora de pensiones para que descuente ambos conceptos de las mesadas que a futuro se le paguen o, en su defecto, realice un acuerdo de pago con él.

7.15. En razón de lo que se ha indicado, se revocará el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Oralidad de Itagüí (Antioquia), el 13 de marzo de 2018, y se ampararán los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna del señor Jaime Rodrigo Tamayo Ramírez.”

6- CONCLUSIONES

- 6.1. La Sala Laboral de la Corte ha concluido que no hay una sola norma que haya obligado a los patronos a tener que asumir los tiempos laborados y no cotizados por falta de cobertura, fenómeno que denominó IMPREVISIÓN LEGISLATIVA. Sin embargo, a pesar de la inexistencia de normatividad, de manera completamente injusta, desproporcional e inequitativa, han puesto a pagar a los empresarios unos títulos pensionales que, de manera exclusiva, se diseñaron para que le fuera impuesto a los patronos omisos.
- 6.2. Al revisar la sentencia objeto de la presente Acción de Tutela, hay que concluir que la misma vulneró los derechos y principios constitucionales de CFS en lo que se refiere a la no aplicación Justa, Proporcional y Equitativa de los mismos principios aducidos por la Sala Laboral de la Corte en su desarrollo jurisprudencial e invocados, eso sí, a favor de manera exclusiva de los trabajadores.
- 6.3. La imposición del pago de un título pensional es una carga excesivamente onerosa y desproporcional contra CFS que afecta de manera grave su estabilidad financiera y genera un riesgo importante en su continuidad empresarial, en especial, porque se le está poniendo en la misma condición de los empresarios que realmente omitieron su obligación de afiliar cuando, como en el caso que se analiza, está demostrado que CFS no omitió una obligación de afiliar.
- 6.4. Tanto al interior de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como de la misma Corte Constitucional, se ha llegado a la conclusión de que en el asunto de los tiempos laborados y no cotizados por falta de cobertura en determinadas zonas del territorio nacional, se presentó una IMPREVISIÓN DEL LEGISLADOR para la primera U OMISIÓN REGLAMENTARIA para la segunda y que las consecuencias de la misma no podían trasladarse al trabajador en el sentido de perder el tiempo laborado y no cotizado.
- 6.5. En principio, ambas Corporaciones, en procura de darle un soporte a sus decisiones, se han basado en los principios constitucionales de Universalidad, Unidad, Integridad y Eficiencia, éstos constitutivos del sistema de seguridad social.
- 6.6. Se hace necesario que, adicional a los principios enunciados en el numeral anterior, se incluya, como se definió en el numeral 6.5 de la sentencia T-281 de 2020, al remitirse al análisis de las sentencias de la Corte Constitucional T-937 DE 2013 y T-435 de 2014, “..se ha acudido al principio de la **EQUIDAD** como criterio idóneo para remediar las injusticias derivadas de la OMISIÓN REGLAMENTARIA..” (Resaltado y negrilla fuera del texto original).

- 6.7. De igual manera, hablando de principios que deben regir este tipo de procesos, es indispensable aplicar los Derechos Fundamentales de JUSTICIA E IGUALDAD.
- 6.8. Con todo respeto, considero que la Sala Laboral de la Corte no le está dando cabal aplicación a todos los principios mencionados, en especial, a los de EQUIDAD, PROPORCIONALIDAD, JUSTICIA E IGUALDAD, pues está dejando en cabeza del empleador todas las consecuencias de la IMPREVISIÓN DEL LEGISLADOR y, lo que es más grave, se les está imponiendo una “sanción” que el mismo legislador consagró, de manera exclusiva, a cargo del empleador omiso.
- 6.9. Como bien lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional “.. exigir de la empresa el pago de la totalidad de los aportes adeudados, tiene una connotación sancionatoria..” porque hay también la necesidad de “cuidar” la estabilidad financiera de las empresa pues no es EQUITATIVO “..aplicar de manera retroactiva y después de muchos años una obligación que legalmente no debían asumir..” (Negrillas y resaltado fuera del texto del Numerales 7.7 y 7.11 de la misma sentencia T-281 de 2020).

7- PETICIÓN

7.1. Con todo base en todo lo expuesto, con todo respeto, solicito a esta Honorable Sala que revoque la decisión motivo de la presente impugnación y, con apoyo en las sentencias de la Corte Constitucional invocadas, en especial, soportada en el principio de EQUIDAD, disponga que se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, buena fe, confianza legítima, justicia, igualdad y equidad de la sociedad CFS Logistics LLC. antes Compañía Frutera de Sevilla LLC.

7.2. Que como consecuencia de lo anterior, se deje sin efectos la sentencia de la Sala de Descongestión Número Dos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concretamente, contra la sentencia SL106-2021, radicación número 78430 del 25 de enero de 2021, con ponencia de la Honorable Magistrada doctora Cecilia Margarita Durán Ujueta y se ordene expedir una decisión nueva, en la cual se declare que la sociedad CFS Logistics LLC. antes Compañía Frutera de Sevilla LLC. no está obligada a pagar el cálculo actuarial de los demandantes Francisco Hoyos Romero y Tomás Guerrero Arteaga, por lo menos, no en los términos señalados en dicha sentencia por ser completamente injusto, desproporcionado e inequitativo dicha decisión y, por lo tanto, se le de aplicación a las soluciones planteadas en la sentencia de Corte Constitucional a la cual se hizo amplia referencia.

8- JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento me permito expresar que por los hechos aquí narrados no he presentado otra acción de tutela.

9- PRUEBAS Y ANEXOS

6.1. Poder para actuar.

6.2. Certificado de existencia y representación legal de la hoy Sociedad CFS Logistics LLC. antes Compañía Frutera de Sevilla LLC.

6.2. Sentencia SL106-2021 del 25 de enero de 2021 proferida por la Sala de Descongestión Número Dos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

7- DIRECCIONES PARA NOTIFICACIONES

El Accionante: Sociedad CFS LOGISTICS LLC (antes Compañía Frutera de Sevilla LLC). Dirección Calle 26 Sur # 49-12 en el municipio de Envigado – Antioquia; teléfono 3396262; correo electrónico cfslogistics@cfslogistics.co

El suscrito: Carrera 27 C # 23 Sur 51, casa 136 de la Urbanización Reserva de San Jorge en el municipio de Envigado – Antioquia; teléfono celular 3006189744 y teléfono fijo 5812232; correo electrónico luis.german@cuartas.com.co

La Corte Suprema de Justicia: Calle 12 # 7-65; teléfono (571) 5622000; correo electrónico secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
secretarialaboral@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Terceros interesados:

Apoderada de los demandantes: Doctora María Helena Portillo Quintana; teléfono celular 3114211567; correo electrónico abogada.portillo1981@gmail.com

Colpensiones: Carrera 10 # 72 – 33 Torre B Piso 11 Bogotá D.C. teléfono (571)4890909, correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Colfondos S.A.: Calle 67 # 7-94 Bogotá D.C. teléfono (571) 3765066 correo electrónico procesosjudiciales@colfondos.com.co

Porvenir Pensiones y Cesantías: Carrera 13 # 26ª – 65 Torre B Bogotá D.C., teléfono (571) 7434441, correo electrónico notificacionesjudiciales@porvenir.com.co

Atentamente,



Luis Germán Cuartas Carrasco
c.c. 71.575.612 de Medellín
T. P. 44.708 del C. S. de la J.