

JHON ALEXÁNDER FLÓREZ SÁNCHEZ

**RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR MARÍTIMO Y ESTATAL POR LA
TARDANZA EN LA ASUNCIÓN DE LOS RIESGOS PENSIONALES**
**Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho del
Trabajo**

Bogotá D.C., Colombia
2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS EN
DERECHO DEL TRABAJO

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria general: Dra. Martha Hineirosa Rey

Director Departamento

Derecho Laboral: Dr. Jorge Eliécer Manrique Villanueva

Director monografía: Dr. Germán Ernesto Ponce Bravo

Presidente monografía: Dr. Jorge Eliécer Manrique Villanueva

Examinadores: Dr. Javier Franco Zárate

Dr. Jorge Eliécer Manrique Villanueva

Dedico este trabajo de grado a mi esposa, quien una vez más ha demostrado su comprensión y amor incondicional. A Salomé y Lukas, mi fuente de inspiración y motivación.

A mi gran amigo Adrián A. Clavijo B. (Q.E.P.D.), quien siempre estará en mi mente y corazón. ¡Gracias!! es lo único que puedo decirte.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	10
Parte I: Análisis histórico y legislativo de la seguridad social en Colombia	10
1. Antecedentes de la seguridad social en Colombia	17
1.1 Justificación para la implementación de un sistema de seguridad social.....	22
1.2 Introducción al marco normativo en la adopción de la seguridad social	23
1.3 Pensión de jubilación a cargo del empleador.....	25
1.3.1 No obligatoriedad en el pago de aportes.	25
1.3.2 Justificación en el no pago de aportes.	27
1.4 Imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.....	28
Parte II: Antinomia legal y reglamentaria en la asunción de riesgos pensionales por el ICSS para la comunidad marítima.....	30
2.1 Obligación inmediata o pura y simple	32
2.2 Obligación progresiva y paulatina	33
2.3 Buena fe del empleador marítimo	35
2.3.1 Principio de progresividad.....	36
2.3.2. Principio de confianza legítima.....	39
2.3.3 Principio de legalidad.	40
2.4 El derecho irrenunciable a la seguridad social	41
CAPÍTULO II	44
Parte I: Breves reflexiones sobre el sistema general de pensiones y el derecho viviente bajo una mirada crítica para resolver la problemática pensional de los trabajadores marítimos.....	44
1.1 El nacimiento del sistema general de pensiones y sus cambios legislativos	46
1.2 Normalización del tiempo de servicio para efectos pensionales	54
1.3 Análisis de la jurisprudencia sobre el pago de aportes precedido de la ausencia de cobertura por los SSO	61
1.3.1 Tesis de la Corte Suprema de Justicia.....	62
1.3.2 Tesis de la Corte Constitucional.....	71
1.3.3 Tesis del Consejo de Estado.....	77
1.3.4 La jurisprudencia sobre el pago de aportes ante la ausencia de cobertura <i>¿Un ejemplo manifiesto de activismo judicial?</i>	81
1.4 Las NIT como instrumento complementario para resolver la problemática de los trabajadores marítimos, dentro de un margen razonable de interpretación .	85

1.5 Soluciones alternativas para garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de los trabajadores marítimos	88
Parte II: Responsabilidad en el pago de aportes al sistema de seguridad social ante la liquidación de la CIFM y reparación administrativa por la asunción tardía de los riesgos pensionales	93
2.1 Antecedentes y culminación de la CIFM	93
2.2 Responsabilidad subsidiaria de la matriz y controlante de la CIFM	95
2.3 Teoría general de la responsabilidad estatal en Colombia	97
2.3.1 Responsabilidad estatal por la admisión tardía de los riesgos pensionales del empleador marítimo.	98
CONCLUSIONES.....	104
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

INTRODUCCIÓN

Una de las garantías básicas, o de *pisos mínimos* del trabajo subordinado, es la seguridad social. Lo expuesto obedece en gran parte a la *constitucionalización del derecho laboral y de la seguridad social*, propia del caso colombiano. Sin embargo, esta no ha sido una garantía incorporada automáticamente al patrimonio del trabajador, tal como se deriva de la historia sobre la materia, pues la adopción del seguro social nace con el traslado inicial del riesgo jubilatorio al empleador, con una transición de subrogación a los seguros sociales obligatorios, bajo determinadas condiciones legales.

A partir de lo anterior surge esta investigación, pues actualmente se debate en sede judicial la responsabilidad del empleador marítimo frente a los aportes pensionales, cuando se pretende por parte de extrabajadores el pago de onerosos cálculos actuariales, bonos o títulos pensionales por el tiempo laborado y sin cobertura por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, para aquellos que no causaron la pensión de jubilación con antelación a la Ley 100 de 1993, lo que afecta estructuralmente los principios de buena fe, confianza legítima, legalidad, desincentivan la inversión y causan desconfianza empresarial en las autoridades judiciales, percibiendo con esto inseguridad jurídica.

El propósito principal de esta monografía es establecer el grado de responsabilidad patrimonial del empleador naviero en materia pensional por el tiempo laborado de su personal con antelación al Sistema General de Pensiones, cuando tenía a cargo el reconocimiento de pensiones ausente de cobertura por los seguros sociales obligatorios y, a su vez, la responsabilidad del Estado por la tardanza en la asunción de los riesgos de invalidez, vejez o muerte, estableciendo para el primer punto las condiciones y alcance de protección, así como los sujetos obligados y, para el segundo, las circunstancias que dan lugar a la reparación del daño.

Para el desarrollo de esta investigación se acude al método histórico y dogmático, sobre la base de la teoría jurídica del precedente judicial, consignando para tales fines dos capítulos, contenidos a su vez por dos partes, con sus respectivos índices. En su parte primera, el capítulo I analiza los antecedentes históricos de la seguridad social, la necesidad de implementar un sistema de protección social y su desarrollo legal en Colombia, que inicia desde la pensión a cargo del empleador y va hasta la protección de imprescriptibilidad de los aportes en pensiones. En la parte II se analiza la contradicción normativa entre la implementación de los seguros sociales obligatorios y la asunción de los riesgos para el empleador marítimo por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, su gradualidad o adopción inmediata, incluyendo los argumentos de orden jurídico en que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante fundamentó su postura para no realizar el pago de aportes a pensión. Cerrando este capítulo, se exponen las conclusiones que llevan a ratificar la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social.

En el segundo capítulo, parte I, se estudia la adopción del Sistema General de Pensiones y los mecanismos de habilitación pensional por el tiempo de servicios con antelación a la Ley 100 de 1993, detallando los problemas que dieron origen a este y las condiciones que dispuso la ley para establecer la responsabilidad por el tiempo laborado y ausente de cobertura para los empleadores encargados del pago de pensiones, como es el caso de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

Posteriormente se estudia la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, para observar la fluctuación de criterios sobre la materia, censurando la postura actual, pues las autoridades judiciales, actuando bajo el patrocinio de la Constitución y de una interpretación distante a las condiciones de ley para homologar el tiempo

laborado con anterioridad al Sistema General de Pensiones, incurrir en *activismo judicial* o *legislador negativo* y de paso, imponen cargas desproporcionadas al empleador o sujeto obligado, sin examinar el desarrollo histórico de la seguridad social, los esquemas de financiamiento para fines pensionales, lo que excede consigo el garantismo judicial. Sin embargo, como el derecho laboral emerge para la protección del trabajador, se considera ajustado proponer una interpretación razonable de las normas internacionales del trabajo, en conexión con las obligaciones recíprocas de las partes en la relación de trabajo, para plantear soluciones que garanticen el núcleo esencial del derecho a la seguridad social.

En la parte II del segundo capítulo, de manera menos rigurosa, se aborda la responsabilidad en el pago de aportes a pensión, bajo las condiciones propuestas y el sujeto obligado, sobre la hipótesis de la extinción jurídica de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante a través de su matriz y controlante, para luego analizar, bajo la teoría general de responsabilidad estatal, describir la conducta susceptible de reparación administrativa.

De otra parte, se agrupan las conclusiones de esta investigación bajo reglas de análisis, siempre dirigidas a la protección del derecho a la seguridad social, mediante criterios ponderados, de equidad y justicia que satisfagan los intereses del trabajador y resalte la función social de la empresa, analizando la facultad patronal o del sujeto encargado de pago para acudir a la jurisdicción en aras de obtener la reparación administrativa, según las circunstancias analizadas en la parte II del mismo capítulo.

Finalmente, se aspira a que este trabajo de maestría sea una herramienta útil para la academia, los abogados, jueces y demás personal de la Judicatura, que en la actualidad conocen de la materia, a efectos de incentivar aportes o dudas que motiven y concienticen a presentar propuestas iguales o análogas, dirigidas, de un lado, a equilibrar la protección al trabajo humano y sus derechos mínimos e

irrenunciables y, de otro, en relación con el derecho a la libertad de empresa bajo la óptica de coordinación económica y equilibrio social, propio del desarrollo, la función social corporativa y la aspiración tuitiva del derecho laboral.

GLOSARIO

CIFM: Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

CPC: Constitución Política de Colombia (1991).

CST: Código Sustantivo del Trabajo.

CSJ: Corte Suprema de Justicia

DESC: Derechos económicos, sociales y culturales.

FNC: Federación Nacional de Cafeteros como Administrador del Fondo Nacional del Café.

ICSS: Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

ISS: Instituto de Seguros Sociales.

IVM: Invalidez, vejez o muerte.

NIT: Normas internacionales del trabajo.

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONU: Organización de las Naciones Unidas

RAIS: Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

RPM: Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SL: Sala de Casación Laboral.

SSO: Seguros sociales obligatorios.

SGP: Sistema General de Pensiones.

CAPÍTULO I

PARTE I: ANÁLISIS HISTÓRICO Y LEGISLATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

Desde épocas antiguas el hombre ha presentado profunda preocupación por brindar a la familia, la sociedad y a los grupos sociales un mínimo de protección ante el devenir natural de la persona, que puede comprender riesgos de enfermedad¹, vejez, muerte, invalidez, viudez o desempleo, entre otros. Estas contingencias constituyen, a juicio de quien escribe, el móvil de la seguridad social.

Como antecedentes configurativos de la seguridad social, podemos señalar la asistencia familiar, gremial y social, para posteriormente, ser una garantía estatal que contuviera el reclamo colectivo a los riesgos sociales, resaltando que en la actualidad cuentan con un complejo y amplio desarrollo legal.

Aristóteles (años 384-322 a. de C.), en su libro *La Política*, indicó que “la masa políticamente asociada puede proveer a todas las necesidades de su existencia” (p. 130), lo cual permite inferir desde aquella época la intención de la sociedad organizada por sufragar algunas necesidades básicas del hombre como miembro de la comunidad.

Acertadamente, Rafael Rodríguez Mesa (2011) rememora algunas instituciones que desde Roma hasta la época moderna fueron cruciales para delinear el desarrollo de la seguridad social y que parecen relevantes para efectos del presente trabajo. En los inicios, las *Collegia* fueron conocidas por ser asociaciones corporativas de personas libres y colectividades de artesanos que realizaban el mismo arte u oficio, con carácter mutual y religioso, centrándose en la asistencia

¹ Utilizado como nota periodística del Diario El Espectador para la publicación del 15 de marzo de 2018

funeraria e inclusive con la transmisión del oficio a los herederos. Las *Guildas* fueron las instituciones de origen romano que prevalecieron en la época de expansión del cristianismo y con asentamiento en los pueblos nórdicos de Europa, cuyo ideal se centró en la caridad, la fraternidad y la protección recíproca.

Por su parte, las *Corporaciones de oficio* nacen en Europa en el siglo XI d. de C., siendo estructuras compuestas a partir de la condición o categoría de sus miembros (maestros, oficiales y aprendices), su alcance era protectorio y tendiente a garantizar que el ejercicio de las profesiones no fuera ejecutado por quienes no ostentaran la calidad de asociado, propendiendo por la protección al trabajo, los salarios, los precios de venta y la experticia de elaboración en el producto. En síntesis, fueron colectivos de beneficencia privada.

Para Altamira Gigena y Hünicken (1989), *Las Cofradías* constituyeron grupos encargados de los riesgos sociales respaldados por la iglesia católica, subdivididos en grupos benéficos y gremiales, que reconocían auxilios funerarios, por accidentes, invalidez y vejez, financiados por un fondo común y las multas impuestas por infracciones cometidas contra la asociación. Sin embargo, estas se caracterizaron por la ayuda mutua y asistencial, por la simple condición de ser miembro o por existir una condición de indigencia demostrada (Rodríguez Mesa, 2011).

Las *Hermandades* nacen en Europa hacia mediados del siglo XVI y lograron punto máximo de desarrollo en el XVIII. Estas se asemejaron a las cofradías, pero con criterios más rigurosos para la admisión y permanencia en el grupo. Su financiamiento dependía de la contribución de los miembros, suministrando a quien necesitare auxilios económicos de carácter asistencial, prestaciones en dinero con adjudicación diferida en el tiempo para seguros por accidente, invalidez, vejez, desempleo, gastos de entierro y supervivencia.

Con la Revolución Francesa y la adopción de sus principios, valores y fundamentos filosóficos, se modificaron las relaciones entre la persona y el Estado, lo cual llevó a delinear el camino para reconocer la cobertura de ciertos riesgos como un derecho, diferenciando la asistencia pública de la seguridad social. Robespierre (1793), citado por Rodríguez Mesa (2011), caracteriza que la primera ley social es la que garantiza a los integrantes de una comunidad algunas condiciones mínimas para existir y por tanto, le corresponde brindar el mayor grado de trabajo o los medios de existencia a los incapacitados para laborar, entonces los seguros públicos son un gasto público principal.

Alemania, a través del canciller Otto von Bismarck², fue el primer país en adoptar un sistema de seguridad social. Frente a la trascendencia del hecho, la Organización Internacional del Trabajo —OIT—, en su *revista Trabajo* (2009), señala que los seguros sociales obligatorios —SSO— fueron una motivación para que la economía continuara funcionando de manera eficiente y eludiera los reclamos sociales con pensamiento marxista.

La asunción de los riesgos en aquel entonces fue reconocida únicamente a quienes dependían del trabajo subordinado y en 1881 fue adoptado el *Seguro Social*. En ese país, en 1883, se expidió la *Ley del seguro de enfermedad* para los trabajadores de la industria. Los seguros de entonces tenían un esquema de financiamiento bipartida entre el empleador y el trabajador, y sus garantías eran la asistencia médica y las prestaciones económicas. En 1884 se promulga la *Ley del seguro de accidentes de trabajo*, en donde se consagró en primera oportunidad la responsabilidad objetiva del empleador en accidentes laborales. La *Ley de los seguros de invalidez y vejez* se expide en el año 1889 y en ella se incorporó la participación del Estado para financiar las cotizaciones patronales. En 1911 se adopta la *Ley del seguro de viudedad* y el *seguro de orfandad*. Todos los

² Denominado “El canciller de hierro” (1° de abril de 1815 - 30 de julio 1898), se caracterizó por enfrentar la subida de los partidos políticos con tendencia social (marxista), complaciendo a la clase obrera para garantizar la continuidad del sistema de producción, lo que permitió el establecimiento del sistema de seguro social.

anteriores estructuran en su conjunto los riesgos de invalidez, vejez o muerte – IVM-. (Rodríguez Mesa, Rafael (2011). *Estudios sobre Seguridad Social*. Bogotá– Colombia: Ibáñez.).

En 1912 se promulga el Código de Seguros Sociales o *Reichversicherungsordnung*, cimentando el sistema de seguridad social, basados en una estructura de protección laboral y subordinado, cada riesgo tenía una categoría separada y la financiación era tripartita. Posteriormente, la Carta de Weimar elevó a canon constitucional el seguro social, lo que permitió que uno de los reclamos sociales más rogados diera lugar a implementar el seguro el desempleo a partir del año 1927.

La Constitución de Queretano de 1917³ acogió un amplio catálogo de derechos laborales y los elevó a canon superior e impuso la expedición forzosa de leyes bajo la preexistencia de un contrato de trabajo. Se resaltan de esta los siguientes derechos relacionados con la seguridad social:

- a- El descanso remunerado para la mujer en estado de gestión y lactancia.
- b- La responsabilidad patronal por accidentes laborales, que origina el pago de indemnizaciones atadas al grado de afectación funcional o por la muerte del trabajador, impone la garantía de pago con responsabilidad solidaria.
- c- La adopción de medidas para el cuidado y prevención de accidentes laborales, con el fin de proporcionar el mayor grado de salud y protección a favor de los trabajadores.
- d- Las leyes de seguridad social son de utilidad pública y por ello, deben comprender diversos riesgos sociales.

³ Proferida el 5 de febrero de 1917.

- e- Las garantías de la seguridad social deben proteger al trabajador, campesino, desempleado, y otros sectores sociales, incluyendo a sus familiares, ampliando así el catálogo de beneficiarios.
- f- En materia de asistencia médica y suministro de medicinas, la seguridad social debe cubrir a los familiares del trabajador.
- g- Se establecieron centros de descanso y recuperación para el trabajador y sus familiares, así como de almacenes de ventas a bajo costo.
- h- La asistencia empresarial en caso de ausencia de habitación o techo, dando origen a fondos de vivienda, estatuidos mediante programas de financiación.

En Estados Unidos de América, y continuando con la paráfrasis de Rodríguez Mesa (2011), fue donde se empleó el término seguridad social⁴ con la acepción actual, producto de la Gran Depresión de 1929, donde el colapso bursátil impuso la adopción de medidas intervencionistas por el presidente Franklin Delano Roosevelt⁵, que llevaron a expedir la *social security act* (1935), motivada en:

La civilización de los últimos cien años, con sus increíbles cambios industriales, ha tendido a hacer la vida más y más insegura. Los jóvenes han empezado a temer lo que será de ellos cuando les llegue la vejez. Hoy, gracias al Seguro Social, la gente sabe que tendrán una base de ingresos fija cuando se jubilen (Seguridad social en Español, "Breve historia de la Seguridad Social" recuperado de <https://www.ssa.gov/espanol/brevehistoria.htm>)

Con el sistema de seguro social citado, fue implementada una estructura asistencial y de retiro en materia pensional, el suministro de subsidios para subvencionar familias numerosas, la protección para las madres y viudas trabajadoras con hijos menores, el cuidado para ciegos, las prestaciones por sobrevivencia, la incapacidad, la salud y el auxilio por paro. Para el año 1939 fue

⁴ *Social Security*.

⁵ Presidente de los Estados Unidos de América, desde 1933 hasta su muerte en 1945.

ampliada la cobertura de la *social security* a favor de los trabajadores independientes, rurales y de servicio doméstico.

Cabe resaltar que, aunque la seguridad social en los Estados Unidos de América no es un mandato constitucional, ni tampoco uniforme por el modelo del Estado norteamericano, esto no ha sido motivo para que se mantengan en el tiempo algunos beneficios para la población menos favorecida. Sin embargo, existe un gran porcentaje de desprotección en sus habitantes⁶.

En España la seguridad social tuvo tres periodos. El primero se da con el establecimiento y la ampliación de seguros sociales, que en el año 1883 creó la *Comisión de Reforma Social* reorganizada en 1903. Para 1900 se expide la Ley de Accidentes de Trabajo y, en 1908, se crea el *Instituto Nacional de Previsión*, último ente que constituye el precedente actual del sistema español en seguridad social.

El segundo periodo (1963-1966) se centró en la expedición de normas estructurales y, durante el tercer periodo se aprueba la Constitución de 1978, donde se incorporaron diferentes normas referidas a la seguridad social⁷. Se considera que el modelo español de la época deriva un régimen asistencial más que contributivo, propio del *Estado Bienestar*⁸ (Rodríguez Mesa, 2011).

Gran Bretaña, como precursor de la Revolución Industrial, fue cuna de los primeros movimientos y organizaciones de obreros asociados por gremios o

⁶ Según investigaciones sobre el particular, más de cincuenta millones de personas carecen de seguridad social y solamente la población vulnerable o de bajos salarios es asistida por el sistema, a través de programas residuales.

⁷ Relacionadas con un régimen para garantizar a los ciudadanos la asistencia y prestaciones suficientes ante eventos adversos como la necesidad o el desempleo; obrando como encargo el Estado sobre la legislación, sin perjuicio del establecimiento de formas de participación para los interesados en el tema de la seguridad social; la protección a la familia; la salud; la asistencia en tratamientos y rehabilitación de los disminuidos físicos; y la obligación del Estado para garantizar la suficiencia económica hacia el pago de pensiones dignas a los ciudadanos seniles, incluyendo su actualización.

⁸ Considerado como el modelo que buscó brindar el mayor grado de protección y tutela a favor de los ciudadanos, prevaleciendo la asistencia al más necesitado o desprotegido.

profesiones vinculados directamente al proceso evolutivo de la industria. Estas asociaciones buscaban la celebración de convenciones colectivas de trabajo para obtener la responsabilidad empresarial derivada por accidentes profesionales.

Ante la difícil situación social y de gobernabilidad de la época, la Cámara de los Comunes designó el estudio de los seguros sociales a William Beveridge, para el año 1941. De acuerdo con Leonardo Cañón O. (2017a), el *Plan Beveridge*, incorporado en el estudio *Social insurance and allied services*⁹, integró diferentes aportes a la seguridad social. Las propuestas incluidas en este se relacionaron con el establecimiento de un seguro nacional unificado, que separó las prestaciones asistenciales y económicas. Además, el plan consagró un sistema de ayuda familiar financiado por impuestos nacionales, patrocinado por el principio de solidaridad, y propuso un esquema asistencial subsidiario para necesidades sociales no cubiertas en cabeza del Estado, como encargado de atender este tipo de infortunios. El servicio institucional de salud constituyó una red aliada con diferentes entidades estatales, pero financiado exclusivamente por el Estado, tendiente a extender la cobertura a toda la población.

Como se observa, el Estado de Bienestar¹⁰ también influyó para el desarrollo de la seguridad social, ejemplo de ello es que el *Estudio Nacional de Investigación Social de Dinamarca*, citado por Cañón O. (2017b), aportó para la adopción de beneficios económicos en países nórdicos¹¹, donde se acogieron tres esquemas de protección. El primero de ellos denominado *modelo selectivo*, cuya finalidad era sustituir el salario o nivel del ingreso del trabajador antes de la ocurrencia del riesgo, para mantener la condición personal y familiar. El segundo, llamado

⁹ Seguro social y servicios aliados, en español.

¹⁰ Considerado un concepto político que permite ver al Estado la necesidad de asumir compromisos de ventura a sus ciudadanos, haciendo que en mayor medida se satisfagan sus necesidades básicas, proveyendo inclusive lo que no sea fácil obtener, es decir, garantizando un número importante de derechos de orden social.

¹¹ El autor indica que países como Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia, Alemania, Países Bajos, Francia e Inglaterra fueron impregnados por el modelo asistencial y la beneficencia del Estado de bienestar.

modelo residual, tenía el objetivo principal de promover la fuerza de trabajo y mitigar la pobreza, lo que denota una condición ideológica liberal para el auto sostenimiento de necesidades básicas y atención excepcional por el Estado. Finalmente, el *modelo comprensivo*, en el que la intervención estatal es primordial para la financiación y reasignar los ingresos. Los referidos esquemas abrieron la pauta del aseguramiento privado para el sistema de seguridad social¹².

En Latinoamérica la seguridad social se ha caracterizado por ser un reflejo que intentó acoger modelos europeos, sin prever la capacidad de financiamiento. Por tanto, observamos como características generales la existencia de regímenes difuminados y sin previsión actuarial para garantizar los riesgos de IVM, aspectos que han dado lugar a diferentes reformas pensionales dirigidas a repeler la carga económica en las finanzas de los Estados, pasando de modelos de seguridad social asistencial y con participación pública en su mayoría, a esquemas de aseguradoras para la adopción de nuevos regímenes pensionales por medio de fondos de capitalización. Valga aclarar que la República de Cuba es la excepción a estos sistemas, pues los riesgos y programas de asistencia social están exclusivamente a su cargo y con resultados positivos a nivel de condiciones de salud y expectativa de vida de sus habitantes, que superan el promedio en América Latina.

1. ANTECEDENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

Sobre este punto, es importante remitirse a la época independentista en la República, cuando se extraen las primeras instituciones dispersas de la seguridad social (Muñoz S., 2010), precisando que se caracterizaron por emerger de la asistencia privada, pública, de previsión social y, posteriormente, de los seguros

¹² Para una mejor comprensión, puede consultarse a Cañón Ortigón, Leonardo (2017). *Una visión integral de la seguridad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Ver Cuadro 2, p. 108.

sociales, hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, que dio origen al Sistema General de Pensiones.

A grandes rasgos, en ese primer momento se reconocieron pensiones por parte del Estado a las viudas de los militares fallecidos en batalla, instituidas mediante los *montepíos militares*¹³, cuya financiación se soportó en las deducciones salariales a los miembros de la fuerza pública, pero con sostenibilidad irregular en el tiempo, al punto que fue ordenada su liquidación para el año 1913.

Asimismo, fueron otorgadas prestaciones a los altos dignatarios, pero sin prever un esquema de causación, financiamiento o beneficiarios, entre otros componentes, lo que evidencia el desorden en la incorporación de los riesgos pensionales, situación que aflora en el difícil estado de financiamiento pensional actual.

En este escenario, se comparte la postura de Gerardo Arenas M. (2011), cuando afirma la necesidad de explorar la *periodización*¹⁴ en la implementación de la seguridad social en Colombia, dividida por etapas. La primera de ellas es entre la génesis de la República y hasta 1945. En esta no existió mayor participación estatal, por el predominio de la asistencia privada, en especial al atender infortunios de la salud a través de las *Juntas de socorro* (Arenas M., 2011). La escasa asistencia pública existente buscaba prevenir la mendicidad e indigencia comunal.

Posteriormente, se adoptó un sistema previsional. Así en 1912 nace la Caja Nacional de Previsión Social para los trabajadores del sector oficial¹⁵ (Arenas M.,

¹³ Ejemplo claro de mutualismo.

¹⁴ En su libro *El derecho colombiano a la seguridad social* (2011), el profesor Arenas Monsalve afirma que los periodos históricos de la seguridad social son: 1) el de dispersión; 2) el de organización del sistema, entre los años 1945 y 1967; 3) el de expansión, de 1967 a 1977; 4) el de cambios y crisis, 1977-1990; y 5) el de reformas estructurales, a partir de 1990.

¹⁵ Inicialmente cubrió a los trabajadores del servicio postal y telegráfico (Arenas M., 2011).

2011) y se expiden normas reivindicatorias sobre accidentes de trabajo, indemnizaciones y seguro colectivo. Con ocasión a *la protección al estamento militar* (Arenas M., 2011) nace, en 1925, la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, cuyo financiamiento resulta de los aportes del salario de los militares y las contribuciones anuales del Estado, reflejados en pensiones a los beneficiarios de los fallecidos. Estos aspectos evidencian una legislación dispersa para la garantía de los riesgos, pues a partir de esta fecha se comienza a implementar un sistema derivado del seguro social alemán.

En el segundo periodo, que comprende los años de 1945 a 1967, se implementó una legislación formal de seguro social, que incluye a servidores públicos y trabajadores privados. En el lapso se ordenó la creación sectorial de cajas previsionales, se impusieron prestaciones a cargo del empleador, como obligaciones transitorias mientras se creara un sistema estatal de pensiones, evento que ocurrió en el año 1946 y con la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), a partir del 1° de enero de 1967 (Arenas M., 2011).

Con la entrada en operación del ICSS, acogido en el país siguiendo el modelo alemán, se mantuvo la asunción gradual, con participación tripartita para la formación de las prestaciones¹⁶ y dependencia exclusivamente del contrato laboral. Como aspecto a resaltar, en su primera etapa el instituto tuvo un gran sofoco presupuestal, pues el Estado tenía la obligación legal de contribuir con la cotización, originando un pasivo incrementado año a año, lo que afectó la financiación e implementación efectiva de la entidad y sus propósitos legales. Pero, a causa de la carencia presupuestal no solo se afectó el instituto, también se advertía la crítica situación de las cajas de previsión. Respecto de estas, Otto Morales Benítez¹⁷ adujo: “Han sido creadas al margen de la técnica, sin cálculos

¹⁶ Este esquema fue: empleador, trabajador y Estado.

¹⁷ Ministro del Trabajo para el año 1959, citado por Arenas M. (2011).

previos para procurar el equilibrio entre las obligaciones y los ingresos” (Arenas M., 2011, p. 75). Además, la proliferación de regímenes agravó la situación.

El tercer periodo, comprendido entre los años 1967 y 1977, denominado de *expansión* (Arenas M., 2011), se caracterizó por el incremento de los beneficiarios del naciente sistema de seguridad social, que creció en afiliados y por territorio, pero mantuvo la crisis financiera, misma que se hará palpable en la siguiente etapa.

No puede desconocerse que, en aquella época, el Gobierno expidió diversas normas sobre la adopción de prestaciones pensionales, pues reglamentó el procedimiento para la inscripción, los aportes y el recaudo de los seguros de invalidez, vejez o muerte (IVM), nace la pensión de vejez, se implantó el número de semanas y el aumento de la edad, en relación con la dispuesta en el Código Sustantivo del Trabajo (CST), para la pensión patronal o de jubilación. Un aspecto importante, frente a la situación financiera, fue que el Gobierno reemplazó la contribución porcentual del Estado en la cotización para el año 1973, que de tripartita pasó a bipartita¹⁸. También se inició la concientización estatal por la participación del trabajador en la financiación del aporte para los seguros sociales, que empieza con la deducción del 5% del salario en el sector oficial; se impuso la sanción moratoria por el pago no oportuno de pensiones; y se modificaron la pensión transitoria por viudedad y la sustitución pensional a favor de la cónyuge supérstite o compañera permanente, lo que era necesario para el modelo de familia de facto, característico del caso colombiano (Arenas M., 2011).

En momentos de cambios y crisis, para los años 1977 a 1990, se buscó modificar el sistema de seguridad social, pues los resultados negativos sobre la situación financiera reflejada en estudios económicos promovían reformas estructurales (Arenas M., 2011). Por la misma problemática, se dio el cambio nominal e

¹⁸ Esta contribución se haría en adelante entre el empleador y el trabajador.

institucional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) al Instituto de Seguros Sociales (ISS), así como el régimen laboral de sus trabajadores, que al tener por regla la condición de trabajadores oficiales y, posteriormente, la de funcionarios de la seguridad social¹⁹, ostentaban el derecho de asociación y negociación colectiva, originando robustos derechos convencionales sin prever la fuente de financiación, aspecto que, a juicio de quien escribe, también morigeró la intención institucional de cambio y la concentración exclusiva del instituto en el sistema de seguros sociales.

Como esfuerzos legislativos, se resaltan el intento de incorporar al sistema a los trabajadores independientes, en el año 1984 y la adopción de la pensión de jubilación para empleados públicos, en 1985. Como para la época existía un vacío normativo que imposibilitaba a quienes habían sido empleados del sector oficial y después trabajadores privados o viceversa acceder a la pensión de vejez, en el año 1988 se adopta la pensión por aportes dirigida a resolver este problema, permitiendo la acumulación de tiempos de servicios al empleador oficial o privado. En el mismo año se amplía también la cobertura al permitir la cotización inferior al salario mínimo para trabajadores del servicio doméstico, la afiliación de sacerdotes diocesanos y la subrogación de prestaciones extralegales, con la compartibilidad pensional²⁰.

Para finales de los años ochenta eran notorios los inconvenientes del sistema de seguridad social, así lo indica Chenery Hollis, citado por Arenas M. (2011, p. 92): “El incompleto y disperso sistema frente a los riesgos sociales, la baja cobertura caracterizada por profundas inequidades, arrojando una desigualdad injustificada para diferentes actores de la población y la constante problemática de financiación”.

¹⁹ Condición creada mediante el Decreto Ley 1651 de 1977.

²⁰ Establecida a través del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año.

En el periodo de reformas estructurales, a partir del año 1990 se buscó solución a los problemas existentes, iniciando con el cambio a un nuevo sistema de seguridad social. Un aspecto que influyó fue el modelo económico neoliberal consignado en el país, con el cual se pretendió desmontar las desigualdades preexistentes, dentro de una armonía económica y social, en busca de unificar los múltiples regímenes pensionales, aspectos que se materializaron con la expedición de la Constitución Política de 1991, en donde diversos derechos sociales, incluido el de seguridad social, fueron elevados al canon constitucional, significando importantes cambios, reflejados con la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual, por cuestiones de método, será abordará en capítulos posteriores.

1.1 JUSTIFICACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Como se vio, la adopción de un sistema de seguridad social tiene su origen en diferentes circunstancias, pues pretende, tal como lo sostiene Álvaro Acevedo T. (2010), enfrentar los problemas que hacen vulnerable a la sociedad, mediante la asistencia pública y privada, la previsión social y seguros sociales, que se unen dentro de una misma vía, generando así un sistema organizado para la protección y asunción de las contingencias que se presentan en la vida humana.

En este contexto, es claro que la seguridad social frente a las contingencias de IVM se entrelaza con el derecho del trabajo porque emerge de una reivindicación laboral, y su avance presenta una escalada en el sistema de fuentes, ya que de manera general nace con la existencia de una relación subordinada, que muta de la simple concesión convencional o legal a un derecho inherente a la persona, caracterizándose por su inserción al catálogo de derechos sociales.

1.2 INTRODUCCIÓN AL MARCO NORMATIVO EN LA ADOPCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como se pudo observar, desde la época republicana hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, en el país fueron expedidas diferentes normas que desarrollaron las etapas de la seguridad social; sin embargo, se centrará la mirada en aquellas atinentes a los riesgos pensionales, punto angular de este trabajo, siendo necesario resaltar la normativa más relevante de la materia. Así, la Ley 11 de 1821 dispuso el eventual otorgamiento de pensiones a las viudas e hijos de los militares fallecidos, siempre y cuando las rentas y finanzas del Estado aumentaran, en concurrencia con la disminución del gasto para la guerra y, en 1823, fue expedida la pensión vitalicia a favor del libertador.

El Decreto 29 de 1837, por su parte, estableció la pensión por viudez y orfandad para aquellos servidores que estuvieran activos, a partir de 1830 y, mediante Ley 50 de 1886, se consagró una especie de pensión mixta entre la de jubilación e invalidez en el sector oficial y que fue extendida al personal docente, con las leyes 39 de 1904, 114 de 1913 y 116 de 1928. Con la Ley 29 de 1905 se consagró la pensión para magistrados de la Corte Suprema de Justicia, equivalente a la mitad del último sueldo devengado.

Para el año 1912 la Ley 82 instituyó el sistema de previsión para el sector de comunicaciones; a través de la Ley 75 de 1925 fue creada la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y de la Ley 1ª de 1932 se dispuso por primera vez la pensión de jubilación a favor de trabajadores particulares, pero únicamente para el sector ferroviario.

Con el Decreto Ley 2350 de 1944 se legisló sobre derecho laboral individual, la negociación colectiva y la jurisdicción especial para el trabajo, lo que se ratificó con la Ley 6 de 1945, en donde se consagraron las prestaciones patronales a

favor de los trabajadores, entre estas la pensión de jubilación, siempre y cuando la empresa tuviera un capital superior a un millón de pesos²¹ y el trabajador contara como mínimo con cincuenta años de edad y veinte años de servicios, continuos o discontinuos, garantizándose así la responsabilidad del empleador de las prestaciones pensionales mientras era asumida por el Seguro Social Obligatorio, pero también la importancia de prever la creación y organización del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) para atender las contingencias de la población trabajadora, incluyendo las cajas de previsión social para el sector oficial, destinadas también al pago de prestaciones asistenciales y económicas.

La Ley 90 de 1946 creó el ICSS, pero su funcionamiento solo inició en el año 1949 para los riesgos por enfermedad y maternidad, dejando abierta la asunción de los riesgos pensionales, con la garantía de continuidad en su pago en cabeza del empleador. Con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo (CST), fue ratificada la pensión de jubilación a cargo del empleador, equivalente al 75% del promedio salarial del último año, por acreditar veinte años de servicios, continuos o discontinuos, cincuenta y cinco años para los hombres y cincuenta para las mujeres, y se aplaza el traslado del riesgo pensional hasta tanto el ISS asumiera dicha obligación.

El Decreto 3041 de 1966, reglamentó la asunción y las prestaciones de los riesgos para IVM, pero su implementación se hizo a partir del siguiente año y pasaron más de veinte años desde la intención gubernamental²² de trasladar o exonerar al empleador de estas contingencias.

Mediante el Acuerdo 029 de 1985 se dispuso la compartibilidad pensional para las pensiones extralegales y la asunción por el ISS y los Decretos 1900 de 1983, 232

²¹ Cuantía modificada posteriormente por la Ley 64 de 1946 a \$800.000.

²² Derivado del desarrollo legal de la Ley 6 de 1945, en donde se establecieron las prestaciones laborales, entre estas la pensión de jubilación, siendo trasladables, en todo o en parte, con el establecimiento de los seguros sociales obligatorios (SSO).

de 1984, 2879 de 1985 y 758 de 1990²³ se modificaron los reglamentos existentes sobre los riesgos de IVM hasta la expedición de la Ley 100 de 1993.

Con lo expuesto, se extrajo a grandes rasgos el desarrollo normativo de los riesgos pensionales, los cuales, con el devenir histórico, se incorporaron en un sistema de seguridad social que, aunque disperso, con sofocos presupuestales y de escasa cobertura, fue delineando en el tiempo importancia para la sociedad.

1.3 PENSIÓN DE JUBILACIÓN A CARGO DEL EMPLEADOR

La Ley 6 de 1945 fue la norma que consagró la pensión de jubilación a cargo de la empresa. En su artículo 14 dispuso como requisitos contar mínimo con cincuenta años de edad y estableció una cuantía equivalente a las dos terceras partes del promedio de salarios devengados, sin exceder treinta pesos pagaderos mensualmente. Esta cuantía se aumentó y los empleadores fueron obligados por su capacidad económica, mediante la Ley 64 de 1946.

La mayoría de presupuestos para el pago de la pensión de jubilación continuaron con la expedición del CST, porque se conservó el capital empresarial como sujeto obligado, la edad y el tiempo de servicio; pero, en este fue modificada la tasa de reemplazo, que ascendió al 75% de los salarios devengados en el último año.

1.3.1 No obligatoriedad en el pago de aportes.

En este aparte es importante determinar si, una vez implementado el sistema para trasladar los riesgos pensionales, el empleador marítimo estaba obligado a efectuar los aportes al Seguro Social. Hacia el fin, se puede verificar que la Ley 6

²³ Aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año.

de 1945 dispuso la transitoriedad de prestaciones a cargo del empleador mientras se organizaban los seguros sociales obligatorios (SSO), entre ellos la jubilación.

Como se menciona atrás, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), que dio lugar al Seguro Social Obligatorio, pero, las contingencias de invalidez, vejez o muerte fueron asumidas, en forma progresiva a lo largo del territorio nacional, solo a partir del 1º de enero de 1967, tal como lo afirma Gerardo Hernández C. (2015), mostrando que el sistema determinó bajo un criterio técnico de suficiencia, las regiones, actividades y los trabajadores que serían cobijados.

Con la reglamentación de los SSO, se fijaron las condiciones de afiliación y la contribución forzosa de trabajadores mediante la cotización tripartita (empleador, trabajador y Estado), para el reconocimiento de prestaciones pensionales, y en ellas los porcentajes de participación, lo cual significa que desde su creación el sistema tiene vocación de financiación con los partícipes²⁴.

Lo más importante es quizá la facultad legal que se consagró a favor del ICSS, para determinar las actividades, regiones y categorías de empresas que serían cobijadas por el seguro social desde su inicio, todo con el fin de extender progresivamente a otras regiones las prestaciones del seguro social, aspecto que fue ratificado por el Acuerdo 257 de 1967, al precisar: “La inscripción de patronos y trabajadores se iniciará en las fechas que determine, por resolución, la Dirección General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales” (art. 5º).

En conclusión, desde la creación del ICSS y la posterior asunción de las contingencias de IVM, se acudió a la facultad legal de la Ley 90 de 1946 y del Acuerdo 257 de 1967 para expedir el acto de llamamiento a la inscripción y

²⁴ Entiéndase como estos al empleador, al trabajador y al Estado, sujetos obligados a contribuir con el financiamiento de las cotizaciones a trasladar al ICSS (Instituto Colombiano de Seguros Sociales).

afiliación forzosa, que para el caso del empleador marítimo fue suspendida en el tiempo por su especial actividad empresarial, lo que implicó que, por la ausencia de cobertura en los riesgos, no existiera obligación legal de trasladar los aportes.

1.3.2 Justificación en el no pago de aportes.

Como marco introductorio es necesario precisar que la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) originó la vinculación al sistema mediante la afiliación, entendida esta como la puerta de entrada para que el afiliado pueda perfilarse como un beneficiario del seguro social obligatorio perteneciente al sistema de seguridad social, si cumple con los requisitos establecidos en la ley.

Sin embargo, la reglamentación de los seguros obligatorios consignó un esquema de financiación de las prestaciones denominada cotización, pues las prestaciones pensionales no constituyen dádivas o regalos del Estado a favor de los ciudadanos, sino que con el aporte comprenden verdaderos derechos construidos por la participación en su consolidación.

La cotización, entonces, es el elemento principal de causación del derecho pensional, porque es el camino que edifica las prestaciones del sistema. Para Eduardo López V. (2011), esta consiste en una medida para acceder a la pensión que cuenta con diferentes apéndices o relaciones jurídicas.

Por su parte, Cañón O. (2017b) afirma que las cotizaciones constituyen una forma clásica de financiar los sistemas de previsión, pues considera que los aportes son en esencia primas que está obligado a pagar el tomador del seguro, para tener derecho a las prestaciones del sistema, cuando el infortunio se concrete.

Al respecto, Germán Ponce B. (2017) refiere que una de las obligaciones que se derivan por ser miembro del sistema a través de la afiliación, y que se concretiza

con un hecho eventual, consistente en el pago del aporte por la ejecución de la actividad del trabajo subordinado o la actividad económica independiente.

Concluyendo, se puede decir que los seguros sociales contienen un elemento de financiación de las prestaciones a través de la cotización compuesta con el aporte del empleador, el trabajador y, eventualmente, del Estado. Como quedó consignado, el pago de las contingencias de invalidez, vejez o muerte se encontraba supeditado a la invitación del ICSS, consistente en el llamamiento para que el empleador afiliara a sus trabajadores y comenzara a girar las cotizaciones a efectos de trasladar total o parcialmente los riesgos pensionales. Pero, como en el caso de las empresas marítimas, si esta condición no fuera expedida al nacimiento de los seguros sociales, al patrono solamente le era exigible seguir pagando las prestaciones legales o convencionales al interior de la empresa, excluyendo cualquier pago por concepto de aportes y porque no estaba facultado para deducir el porcentaje del trabajador, pues carecía de autorización legal para estos fines.

1.4 IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Antes de avanzar, resulta obligado determinar si las cotizaciones al sistema pensional son susceptibles del fenómeno prescriptivo, pues sería inútil asumir una postura sobre la responsabilidad del empleador naviero por el tiempo laborado y para efectos pensionales, si los mismos se encuentran extintos, dado el paso de los años.

En primer término, los civilistas consideran que la prescripción es un fenómeno que extingue los derechos personales o las obligaciones, tal como lo sostiene Augusto González R. (2003). Otros autores, como Coviello Nicolás (1938), citado por Hernán Fabio López B. (2009) consideran que es la extinción del derecho en sí mismo. A partir de un análisis más profundo, Guillermo Ospina F. (2008) afirma

que este concepto es anfibológico porque enmarca dos apéndices, el primero, como un modo de adquirir el dominio y, el otro, para extinguir el derecho o la acción, ambos unidos para garantizar el principio de seguridad jurídica.

De otra parte, la doctrina especializada en materia laboral cree que con la utilización del principio de imprescriptibilidad se cubren los derechos y tutelas que otorga el sistema de seguridad social de su extinción o pierdan exigibilidad por la ausencia de reclamación; esto, debido a que si la seguridad social implica la protección contra determinada contingencia, es porque se protegen necesidades sociales susceptibles de tutela, entre estas, el amparo por el paso del tiempo y su no desaparición, pues emanan de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajo subordinado, respaldados por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

Ahora, Ponce B. (2017) considera que todas las prestaciones y mecanismos de formación del derecho pensional, “al hacer parte del sistema integral de seguridad social, se guía por los mismos principios que preceden el reconocimiento de la pensión, y bajo este supuesto (...) se constituyen en principios fundadores de tutela reforzada a los beneficiarios de la mencionada figura”²⁵ (p. 381-382).

Reafirma lo anterior, que todas las corporaciones judiciales de cierre en nuestro país son uniformes al colegir la imprescriptibilidad de las cotizaciones a pensión, porque en el entretiem po que el derecho pensional se encuentre en constitución, la eventual prestación está sometida bajo “condición suspensiva” (CSJ, SL, Sent. Rad. 42530, 2013), arrojando que durante este periodo no es exigible y, por tanto, inoperante el fenómeno extintivo, bien sea para el pago de aportes, del cálculo actuarial o el bono pensional.

²⁵ El autor se refiere a la imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva, pero al entender del investigador de este trabajo es aplicable a los aportes o cotizaciones, pues al estar integrados en el catálogo de derechos y obligaciones del sistema de seguridad social son cobijados por los mismos principios de la seguridad social.

PARTE II: ANTINOMIA LEGAL Y REGLAMENTARIA EN LA ASUNCIÓN DE RIESGOS PENSIONALES POR EL ICSS PARA LA COMUNIDAD MARÍTIMA

Uno de los principales aspectos en que se forjó la suspensión de llamado a inscripción y afiliación de trabajadores marítimos al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) fue el objeto social del patrono, por lo que es trascendental conocer siquiera sucintamente la historia del empleador naviero, quien fue constituido a partir del año 1947 y cuya actividad misional era la prestación de servicios por una marina mercante especializada en los diversos puertos del mundo.

La naciente empresa tuvo una participación societaria compuesta por Colombia, Venezuela y Ecuador, bajo el nombre de Flota Mercante Grancolombiana²⁶. En el país, su partícipe fue el Fondo Nacional del Café. Venezuela se retiró de la organización en 1983, propiciando un cambio de composición accionaria, entre Colombia y Ecuador.

Para los años 1989 a 1991, las pérdidas sufridas por la compañía implicaron una reducción sustancial en la operación de buques y viajes realizados, equivalente a las ganancias del segundo cuatrienio de los años ochenta (1985-1988), situación que se agudizó por la eliminación, en época de reapertura económica, de la *reserva de carga*²⁷. Esto, sumado a otros fenómenos y problemas internos, originó el estado de cesación de pagos que llevó a la liquidación judicial, con la posterior extinción de la persona jurídica de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM) para el año 2012.

Superado lo anterior, y para los efectos del presente trabajo, se considera que uno de los aspectos más neurálgicos con la implementación de los seguros sociales

²⁶ Los fondos que dieron lugar a la creación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM) fueron aportes de Colombia, Venezuela y Ecuador.

²⁷ Consistente en la garantía de la CIFM para transportar con carácter prioritario el 50% de la carga que entrara al país. Fue eliminada para el año 1991.

obligatorios (SSO) fue la forma cómo el legislador consagró la inscripción, afiliación y cotización de las contribuciones pensionales por parte de los empleadores, pues supeditó estas a las regiones y actividades que serían cubiertas, previo acto de llamamiento por el ICSS y, en garantía, ordenó al empleador seguir cumpliendo con los derechos legales y convencionales a favor de sus trabajadores.

Ahora, revisadas las normas que ordenan la creación de este instituto, así como la que estructura los SSO y las que reglamentan el registro, inscripción y afiliación²⁸ de trabajadores y empresas, se presentan serios choques que, a juicio del investigador, trasladan la importancia de implementar una estructura de seguros sociales a la población, so pretexto de una potestad legal y reglamentaria, desnaturalizando así las finalidades de los seguros sociales obligatorios.

A la anterior conclusión se llega, porque la norma que desarrolla la asunción de las contingencias de IVM ordena la inscripción y vinculación inmediata de los trabajadores nacionales que tengan un contrato de trabajo; posteriormente, hace un llamado para la inscripción de las empresas de sectores especiales como el marítimo; pero, finalmente, estas disposiciones son inanes frente a la cobertura del empleador, porque dejó a instancia del ICSS la oportunidad para registro efectivo.

Ante este contexto, se debe desentrañar la filosofía de los seguros sociales, para establecer la naturaleza de la obligación del instituto y la posición que asumió el empleador marítimo frente a los diferentes problemas que confrontó el ICSS desde su nacimiento, así como los principios en que las partes fundan su postura²⁹,

²⁸ Ley 6 de 1945, Ley 90 de 1946, Decreto 1993 de 1967, Decreto 1824 de 1965 y el Decreto 3063 de 1989.

²⁹ Entiéndase como partes el ICSS y el empleador, por cuanto estos eran quienes soportaban su actuar en una facultad legal. Para el primero, el reconocimiento progresivo relacionado con la cobertura de los trabajadores por la actividad empresarial o ubicación regional y, para el segundo, la ausencia del acto de llamamiento para registro, inscripción y cotización de los aportes al seguro social.

partiendo de los principios de buena fe, progresividad, confianza legítima y legalidad.

Finalmente, se explorará la naturaleza actual del derecho a la seguridad social que hace parte del catálogo de derechos sociales que con ocasión de la expedición de la Carta de 1991 fue elevado a rango constitucional, a fin de armonizarlos con las obligaciones patronales del empleador marítimo; pues, al entender de quien escribe, un derecho de la envergadura de la seguridad social no puede desvanecerse por la inactividad e incapacidad de respuesta del Estado para adoptar correctamente los SSO, o por la postura del empleador marítimo por la ausencia de cobertura, en una indemnidad o irresponsabilidad empresarial, ya que implicaría desconocer uno de los derechos ínsitos de los trabajadores por la existencia de la relación de trabajo, de carácter irrenunciable y orden público.

2.1 OBLIGACIÓN INMEDIATA O PURA Y SIMPLE

Con la incorporación de los seguros sociales obligatorios (SSO) en Colombia, se ha sido elocuente en concluir que el instituto *per se* no podría garantizar las tutelas nacientes de la reglamentación sobre las contingencias de invalidez, vejez o muerte, inmediatamente a su expedición³⁰.

En este punto, Fernando Castillo C. (2006) sostiene que la incorporación de derechos, entre estos los derivados de la seguridad social, incrementan en forma desproporcionada los gastos estatales, entonces, si no se evalúa el impacto y el nivel de satisfacción en un número determinado de beneficiarios, acompasándose con la realidad económica del Estado, que en últimas siempre suministra subsidios para el pago, podría convertirse en una carga insostenible en el tiempo.

³⁰ Esto se soporta cuando se menciona que, a pesar de la creación del ICSS en el año 1946, este solo acogió los riesgos de maternidad y salud en 1949, y posteriormente, expidiendo la reglamentación para las contingencias de invalidez, vejez o muerte (IVM), a partir del 1° de enero de 1967.

Este gasto se puede resumir en los *costos de asignación de derechos* y los *costos de certeza* (Castillo C., 2006), los primeros derivados de la implicación económica que conlleva adoptar un determinado catálogo de derechos, pues a cada uno de los partícipes o afiliados se les paga en un momento determinado por enlistarse como beneficiarios, y todo en su conjunto deriva en una reserva presupuestal para su satisfacción. Pero, lo anterior sería aparente, si no se materializarán los costos de certeza, entendidos como el desembolso por la implementación de las instituciones representadas por agentes, que a su vez satisfagan estos derechos (Castillo C., 2006).

En síntesis, a juicio del autor de este trabajo, la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) implicaba tres momentos: un primer estadio, con la expedición normativa sobre riesgos pensionales; el segundo, con la implementación de las plantas físicas; y el tercero, con la determinación técnica para extender la cobertura en el territorio nacional, sin que sea acertado concluir la extensión automática de la cobertura para todas las actividades empresariales.

2.2 OBLIGACIÓN PROGRESIVA Y PAULATINA

En contraste, los seguros sociales obligatorios en Colombia nacieron con una vocación de gradualidad y escalonamiento para su implementación, que en el tiempo se fue extendiendo injustificadamente porque el Instituto Colombiano de Seguros Sociales adolecía de suficiencia presupuestaria e institucional para asumir las contingencias del sector naval. Adicionalmente, en la práctica, extender la cobertura a este tipo de actividades patronales³¹ hacía más complejo el llamamiento del empleador.

³¹ El personal marítimo siempre se enfrentó al vaivén y la incertidumbre de ser llamado a los seguros sociales obligatorios (SSO), a causa de su especialísima actividad, la navegación portuaria en diferentes países del mundo. Este fue el talón de Aquiles que incentivara el llamamiento del ICSS (Instituto Colombiano de Seguros Sociales).

Ratifica esta conclusión Arenas M. (2011a), cuando aduce la potestad del instituto para determinar el orden de prelación, que —según su criterio— fuera conveniente para asumir las contingencias, decidiendo, en ciertos casos, aplazar los SSO hasta que las condiciones sociales y políticas fueran diferentes, e inclusive los sectores involucrados tomaran conciencia de la importancia del sistema.

En relación con la cobertura, se privilegió la afiliación de trabajadores subordinados del sector privado, con exclusividad de las grandes urbes y con relativa ampliación en los sectores rurales. Como foco de afiliación se prevaleció al comercio, a los servicios, las empresas en formación, la industria manufacturera y los bancos ciudadanos, pues la intención era cobijar a los trabajadores con menos tutelas laborales³².

Para el sector náutico la situación fue diferente, porque el ICSS acogió plenamente la facultad legal de llamamiento para inscripción y afiliación de trabajadores, ejemplo de ello, es que el Acuerdo 257 de 1967, aprobado por el Decreto 1993 de 1967, ordena el registro patronal para las empresas marítimas, pero supeditadas al acto de invitación por el instituto. Con esta condición suspensiva, mediante Resolución 3951 de 1982, el ya denominado Instituto de Seguros Sociales (ISS), ordenó la inscripción del personal del mar, soportado en la Resolución 5042 de 1982; pero, luego de la sentencia del 24 de marzo de 1988, se declaró la nulidad por parte del Consejo de Estado, debido al sobrepaso de la potestad reglamentaria, dejando nuevamente sin acto de llamamiento a la CIFM.

Finalmente, a través de la Resolución 3296 del 2 de agosto de 1990, el ISS, acudiendo a las facultades del Decreto Ley 1650 de 1977, del Acuerdo 257 de 1965 y del Decreto 1993 de 1967, dispuso como fecha de asunción de los riesgos

³² En esta oportunidad la política gubernamental se dirigió, entre los años 1967 a 1970, a crear las seccionales de los Seguros Sociales para Antioquia, Cundinamarca, Quindío, Valle, Boyacá, Huila, Manizales, Santa Marta, Nariño, Caribe, Atlántico, Chocó, Guajira, Meta, Norte de Santander, Santander, Tolima, Cesar, San Andrés y Girardot.

de enfermedad y maternidad e IVM el 15 de agosto de 1990, más de 43 años después de impartida la orden de crear los SSO, entre la implementación del ICSS y el acto de llamamiento. En consecuencia, solo desde el 15 de agosto de 1990 los trabajadores del mar fueron cubiertos por los seguros sociales obligatorios y con ello inició el traslado de los riesgos de invalidez, vejez o muerte.

2.3 BUENA FE DEL EMPLEADOR MARÍTIMO

En criterio del presente trabajo, la buena fe va más allá de la simple presunción, pues basta con analizar su sentido para calificarla como el actuar probo, recto y leal dentro de una relación jurídica frente a la parte contraria, denominada *buena fe objetiva*, tal como lo sostiene Martha Lucía Neme V. (2010). Asimismo, la buena fe en su ubicación más avanzada implica un estado de conciencia y convencimiento de estar haciendo lo correcto, reflejado esto en determinadas reglas de comportamiento que se dirijan a no atentar o lesionar el bien jurídico ajeno, calificado como buena fe subjetiva (Neme V., 2010).

Para Pedro Irureta U. (2011), la buena fe es exigible a ambas partes de la relación laboral y se consigna en todas las etapas del contrato, desde su celebración hasta su terminación, pues considera que este principio “logra plasmar valores generales que modalizan la conducta (...) e inspiran la aplicación de toda la normativa” (p. 135).

En vista de lo anterior, se verifica que la Flota Mercante Grancolombiana, posteriormente Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM), en principio se ubica en la buena fe objetiva, pues siempre reconoció los derechos laborales de sus trabajadores que, en el caso objeto de estudio, se circunscribían al pago de las pensiones de jubilación establecidas en la ley, la convención colectiva o el laudo arbitral, pero sin responsabilizarse de aquellos trabajadores que no consumaron dichos requisitos por ausencia del tiempo de servicio necesario, lo

cual pone en duda el cumplimiento del principio de la buena fe subjetiva, como se verá más adelante.

A pesar de lo expuesto, con un análisis simple de la posición del empleador marítimo frente a la naturaleza de la progresividad y cobertura de los SSO, podría indicarse que la compañía se ubicó en el postulado de la buena fe contractual³³, en especial porque, luego de entrar en vigencia la Resolución 3296 del 2 de agosto de 1990, esta fue demandada y resuelta por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 20 de febrero de 1997, ratificando la legitimidad del director del ISS que, en ejercicio de sus funciones administrativas y en cumplimiento del Decreto 1993 de 1967, tenía la potestad de establecer la fecha de llamamiento a inscripción patronal para el personal vinculado con las actividades marítimas, lo que en palabras sencillas arroja una irresponsabilidad de pago por el tiempo de servicios para efectos pensionales antes del acto de llamamiento a inscripción y afiliación. A continuación, se expondrán los principios en que el empleador marítimo fundó su postura sobre el no pago de aportes.

2.3.1 Principio de progresividad.

La adopción del Seguro Social Obligatorio en Colombia, como se ha sostenido a lo largo de esta monografía, ostentó una vocación de gradualidad y extensión progresiva. Cañón O. (2017a) considera que esto ocurre por el principio de *comprensividad y progresión racional*, consistente en la forma como se construye el sistema de seguridad social, relacionado con la cobertura potencial y las necesidades de la población más vulnerable, teniendo como base los recursos disponibles.

Para el autor, en aplicación de este principio la seguridad social crece, fijando prioridades y utilizando los recursos existentes con racionalidad, lo cual implica

³³ Entendida esta como buena fe objetiva.

que no se sobreproteja un grupo poblacional en menoscabo de otro, que en el peor de los escenarios no tenga ninguna protección (Cañón O., 2017b). Sin embargo, se ve con posición crítica que esta postura no relaciona un tiempo razonable que justifique la tardanza en la extensión de la cobertura, aspecto que en el tiempo puede atentar contra el derecho a la seguridad social.

Sobre el principio de progresividad en cuanto a la cobertura, Castillo C. (2006) sostiene que existen dos categorías, la primera de *cobertura universal* y la segunda de *cobertura por servicio*. La primera noción, de interés para este título, es la consistente en la extensión de las tutelas de la seguridad social a la mayor población posible; la segunda, es entendida como la calidad en los servicios prestados, que solamente se despliega cuando la población mayoritaria pertenece al sistema de seguridad social.

Sobre la cobertura por universalidad, no solamente se deben verificar los derechos o contingencias a ser cubiertas por el sistema, sino la disponibilidad presupuestal y el tiempo de implementación, último aspecto que soporta el autor, acogiendo la postura de las sentencias C-251 de 1997 y SU-225 de 1998 en donde la Corte Constitucional reflexionó:

(...) La progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos (...).

De acuerdo con Ana María Muñoz S. (2010) este principio constituye la cohesión de esfuerzos del Estado que busca “la ampliación progresiva de la cobertura de seguridad social, teniendo como pilares los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo el supuesto de que se trata de un derecho irrenunciable de todos los habitantes” (p. 94). Entonces, en lo que respecta a la asunción de las contingencias de invalidez, vejez o muerte se podría resumir:

(...) La progresividad no puede ser un mero instrumento retórico, sino que realmente debe tener implicaciones jurídicas y políticas que impliquen acciones concretas de satisfacción, y aunque es imposible pretender una cobertura inmediata, la sola enunciación no produce el cambio, por lo que es necesario un desarrollo progresivo en el tiempo y en el espacio para cumplir la meta propuesta (p. 95)

Para López V. (2011a), el principio de progresividad implica diferentes garantías para la satisfacción de derechos sociales. Sobre la cobertura, el autor considera, acertadamente:

La progresividad es una garantía de efectividad ofrecida por los Estados, y consiste en la obligación permanente de adoptar medidas tendentes a ampliar el número de amparados, a acrecentar la entidad de los derechos; el mejoramiento ha de ser efectivo, medible, con índices objetivos; entraña un deber de diligencia al que se falta si el Estado retrasa deliberadamente el avance en la cobertura (...). (p. 204).

En conclusión, se obtiene que el empleador naviero se ajustó al principio de progresividad para abstenerse de afiliar e inscribir a sus trabajadores para los seguros sociales obligatorios de invalidez, vejez o muerte, pero resalta la responsabilidad del Estado por retardar injustificadamente la extensión de cobertura para el personal del mar, inicialmente por veinte años, contados desde que impuso a su cargo la pensión de jubilación con la promesa de trasladar la obligación al ICSS³⁴ y, después, por veintitrés años, desde la creación del instituto, con la asunción de las contingencia de invalidez, vejez o muerte³⁵, hasta el 2 de agosto de 1990, cuando es llamado para la inscripción patronal, quebrantando el plazo razonable en la progresividad para ampliar la cobertura, pues la ausencia de medidas estatales serias para cobijar al personal del mar, no pueden lesionar, en principio, los intereses y la conducta patronal, ni mucho menos el derecho a la seguridad social de los trabajadores.

³⁴ Pensión de jubilación a cargo del empleador, establecida en el artículo 14 de la Ley 6 de 1945 con la garantía de pago a cargo del empleador (art. 12).

³⁵ Mediante el Decreto 3041 de 1967, se implementan para algunas actividades y regiones los riesgos de IVM, a partir del año 1967.

2.3.2. Principio de confianza legítima.

Como antecedente de este principio, se acude al caso de la *Viuda de Berlín*, relacionado con una mujer adulta beneficiaria por sobrevivencia de un servidor público a quien, con ocasión al reconocimiento de una pensión por la muerte de su esposo, le fue indicado que para el disfrute pensional podía trasladarse de la República Democrática de Alemania a Berlín Occidental, oportunidad en la cual la anciana utilizó recursos propios y el tiempo necesario para cumplir la decisión de la administración. Posteriormente, el Gobierno alemán suspendió el pago de la pensión pretendiendo además la devolución de mesadas pensionales pagadas, pues adujo no cumplir con uno de los requisitos legales para ser titular. Expuesto el caso ante tribunales alemanes, la decisión fue acceder a las pretensiones de la ciudadana, bajo el argumento de que la confianza depositada por la mujer en la administración no le podía ser desconocida intempestivamente (Barboza Russian, 2013).

Según Juan Pablo Sarmiento E. (2008), la confianza legítima corresponde al amparo que se le debe brindar al ciudadano frente a la conducta que ha tenido el Estado en determinada materia, cuando de repentinamente cambia su posición, rompiendo la tranquilidad del administrado en relación con una postura originalmente adoptada.

Hernando Barboza R. (2013), citando a Colman (2011), considera que el primer acercamiento a la noción de confianza legítima consiste en:

(...) Un sistema de defensa en manos de los ciudadanos ante las actuaciones súbitas, impredecibles o sin cautelas suficientes de los distintos Poderes Públicos (administrativo, legislativo y judicial) con el objeto de proteger, en los casos que así lo merezca, la confianza depositada por aquellos en la estabilidad de la conducta de éstos, aun cuando la actuación generadora de dicha confianza fuera irregular. (p. 99)

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sido uniformes al reconocer este principio, que por su importancia para los fines de esta investigación se cita:

El principio de confianza legítima brinda protección jurídica a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado (Consejo de Estado, Sent. Exp. 25000-23-31-000-2011-00775-02, 2013).

En suma, se cree que la CIFM se encontraba inmersa en el principio de confianza legítima o *expectativa plausible*³⁶, pues el empleador estuvo bajo la convicción invencible de actuar conforme a derecho en relación con el llamado de inscripción y afiliación del personal marítimo suspendido en el tiempo, cuya consecuencia era la asunción de los riesgos pensionales por el ISS, respaldada en la indemnidad empresarial que impuso la jurisprudencia del trabajo, como analizaremos más adelante.

2.3.3 Principio de legalidad.

Lo primero que se debe decir es que el principio de legalidad contiene diferentes apéndices, que atendiendo la especialidad en la que se invoque tendrá un desarrollo específico, pues la Constitución Política de 1991 contiene diferentes disposiciones que comprenden la magnitud de esta garantía³⁷. Por lo anterior, se acudirá a definiciones sencillas, útiles para la construcción de esta monografía.

La autora Claudia Patricia Orduz B. (2010) concibe “el principio de legalidad como el fundamento jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho” (p. 102), lo que significa que se

³⁶ Tal como se le conoce en la doctrina venezolana.

³⁷ El principio de legalidad está contenido en diversas normas de rango constitucional, tales como el preámbulo y los artículos 4°, 6°, 13, 28 y 29 de la Constitución Política de Colombia.

protejan los derechos de los administrados y que, en el evento de quebrantarse con una conducta el orden jurídico, solo se impongan sanciones que el legislador haya calificado previamente ante un incumplimiento. Otros autores, como Alexander Ávila M., Nilson F. Castellanos R. y Ana María Triana A. (2016), soportados en el pensamiento de Tomas Hobbes para la creación del Estado moderno, consideran:

(...) La función principal del Estado ejerce la autoridad mediante obligaciones inexorables a los signatarios del pacto de la unión, también es un defensor de la libertad y el individualismo. En ese sentido el Estado moderno debe fijarse unos fines y establecer de forma clara cómo los va a cumplir, para que cada individuo reconozca las leyes y pueda cumplirlas además de garantizarles su libertad y desarrollo individual. (Ávila M., Castellanos R. y Triana A., 2016, p. 159)

En síntesis, todas las personas, tanto naturales como jurídicas, y esto incluye a los empleadores, deben acatar los límites de la ley mediante conductas positivas o negativas, lo cual implica que, mientras la empresa actúe bajo estos lineamientos, las autoridades no podrán imponerle cargas o sanciones no previstas por el legislador, por lo que en el caso del empleador naval, al obedecer la gradualidad y progresividad de los seguros sociales obligatorios (SSO), contenidas en las Leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, aunado a la aplicación del derecho viviente sobre la materia por los diferentes tribunales de cierre —que se analizará en el siguiente capítulo—, se impone una carga desproporcionada que sitúa en grave riesgo al sujeto obligado de pago.

2.4 EL DERECHO IRRENUNCIABLE A LA SEGURIDAD SOCIAL

Aunque en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia se establezca la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social, es fundamental realizar un análisis transversal, aunque sucinto, de esta tutela laboral, para determinar su alcance en la nueva carta política.

Como se ha venido sosteniendo, la seguridad social ha atravesado diferentes etapas que la posicionan en la actualidad como un derecho indiscutible de la persona humana. Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo en lo relacionado con la materia pensional, pues en su génesis, sin ningún tipo de responsabilidad, le fueron asignadas prestaciones por el Estado a diferentes dignatarios o personal oficial, descuidando que allí nacen los primeros antecedentes del sofoco económico pensional. Entonces, cabe cuestionarse ¿qué motivó al Gobierno para reconocer pensiones únicamente al sector oficial? En realidad, no se extrae razón suficiente en esta conducta y, sumado a esto, se considera que no se previó a través de cálculos matemáticos responsables su impacto presupuestal. En contraste, se observa que las prestaciones iniciales fueron simples reconocimientos o dádivas republicanas para aquellos servidores con dignidad y titularidad aparente de disfrute pensional.

En el sector privado no sucedió lo mismo, pues la pensión de jubilación fue una reivindicación laboral con cargo al empleador que, si bien inició con la asistencia privada y pública a los seguros sociales obligatorios, se desprendió del trabajo subordinado, de manera que se incorporó al listado de derechos laborales, sin la entidad y trascendencia de tener la justiciabilidad que hoy la caracteriza.

Así pues, la incorporación de los seguros sociales obligatorios (SSO) fue un cambio plausible para la sociedad colombiana, que dio inicios a la institucionalización pública o de satisfacción estatal con la seguridad social; pero, su adopción, carente de evaluaciones actuariales para ser sostenible en lo financiero, sin un plan serio y razonado tendiente a extender la cobertura, aunado a la ausencia de proyección del envejecimiento poblacional y la expectativa de vida en Colombia, comenzaron a categorizar a las personas con edad pensional como sujetos susceptibles de trato diferenciador positivo.

En este interregno, los cambios ocurridos por los conflictos bélicos de la época entre las potencias y los aliados, así como la adopción de diferentes normas inherentes a la persona humana con ocasión de la guerra, entre estos, la seguridad social como parte de los DESC, fue un gran aliciente para que el constituyente ubicara la seguridad social como un derecho indisponible e innegociable.

En consecuencia, el tránsito histórico de los riesgos pensionales hasta lo que hoy se considera como el sistema de seguridad social, pasó de ser una garantía forzada por la presión social y la reivindicación laboral a convertirse en el conjunto de normas e instituciones que busca proteger y contrarrestar los cambios por la naturaleza propia de la vida, o inclusive por sus giros intempestivos; v. gr., la vejez, la pérdida de capacidad laboral o la muerte, que hagan de estos eventos una vida más llevadera y por contera se protejan bienes de categoría constitucional, como la persona y su dignidad humana, el trabajo y la familia.

Frente a la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social, Cañón O. (2017a) expresa que es un reflejo de los cambios en el derecho colombiano, en especial por impedir su renuncia, desistimiento, transacción o conciliación, siendo responsabilidad de todas las entidades del Estado, para “atender el inmenso desafío de establecer y llevar a la práctica todos los instrumentos jurídicos, técnicos, económicos y prácticos necesarios para que este derecho irrenunciable sea reconocido a todas las personas” y teniendo como finalidad “llegar a ser una verdadera realidad bajo la dirección, coordinación y control del Estado” (p. 45).

El mismo autor, en el libro *Una visión integral de la seguridad social* (Cañón O., (2017b), sostiene que al tipificarse el derecho a la seguridad social, en su dimensión irrenunciable en el capítulo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la Constitución Política, doctrinariamente calificados como derechos prestacionales de segunda generación, requieren de un desarrollo legal

que determine su alcance, pero, en lo que tiene que ver con el tránsito judicial en Colombia, hoy son exigibles individualmente, lo que, a juicio de quien escribe, reafirma su entidad en el catálogo de derechos laborales con doble protección, una derivada del derecho a la seguridad *per se* y la otra por pertenecer a las tutelas derivadas del contrato de trabajo.

Frente a esta última conclusión, Arenas M. (2011) sostiene que la seguridad social, al impregnarse de la indisponibilidad del derecho laboral, resulta conveniente para la primera, reafirmando la categoría de orden público e inquebrantable, tal como lo señala el artículo 14 del CST. En este sentido, la doble protección permite asumir que a una sociedad responsable e interesada por el avance de este tipo de derechos “se respeten y reconozcan, de modo que no le es lícito a su titular renunciar a ellos, por constituir un mínimo de derechos y garantías al sujeto” (p. 129), lo cual ocasiona que la autonomía de la voluntad privada o mecanismos alternativos de solución de conflictos puedan restarle efectividad, so pena de nulidad o ineficacia de estos acuerdos.

CAPÍTULO II

PARTE I: BREVES REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y EL DERECHO VIVIENTE BAJO UNA MIRADA CRÍTICA PARA RESOLVER LA PROBLEMÁTICA PENSIONAL DE LOS TRABAJADORES MARÍTIMOS

Como se ha analizado, lo que hoy se conoce como seguridad social, ha presentado diferentes posturas y ascensos axiológicos hasta llegar al sistema general de pensiones. Con la expedición de la última normativa³⁸ se pretendió solucionar los problemas detectados en el pasado y, a partir de su expedición, mitigar el impacto presupuestal de extender beneficios y odiosas discriminaciones

³⁸ Específicamente, la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993. Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

que inicialmente podrían haberse previsto. Por ello, es de vital importancia conocer los aspectos más cruciales de las reformas pensionales y los razonamientos que las inspiraron.

Dentro de estas novedades normativas, es preciso detenerse a evaluar el alcance del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 original y modificado por la Ley 797 de 2003 en lo que respecta al pago del cálculo actuarial por omisión, esto, por cuanto es una de las normas que componen el catálogo jurídico utilizado por los jueces para imponer las condenas y normalizar el tiempo de servicio laborado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y de la Resolución 3296 de 1990 para los trabajadores navales.

Pero no se podría emprender un análisis objetivo o formular censuras a las decisiones jurisdiccionales, bien sea por resultados de acciones de amparo o procesos declarativos, si no se exploran los instrumentos legítimos para la financiación de pensiones y su alcance en la formación del derecho pensional.

Cumplido lo anterior, se realizará un estudio jurisprudencial de las altas cortes y sus fundamentos para imponer obligaciones pensionales a favor del personal marítimo, a fin de concluir la volatilidad jurídica sobre este tema. En igual sentido, se abordarán los diferentes instrumentos internacionales pertenecientes al bloque de constitucionalidad, así como disposiciones de *soft law* sobre el derecho a la seguridad social, para ratificar la naturaleza y el alcance de este derecho, perteneciente al listado de las tutelas sociales (DESC).

Finalmente, con una mirada crítica sobre la problemática en la adopción de los riesgos pensionales de la comunidad naviera, se propondrán diferentes alternativas para armonizar la postura de la empresa ante la asunción de los seguros sociales obligatorios en relación con el derecho viviente, a efectos de no lesionar el núcleo del derecho a la seguridad social y, de paso, presentar un escenario que resuelva y a la vez pondere las obligaciones del empleador y los

deberes del trabajador dentro del marco de coordinación económica y equilibrio social propios del derecho laboral, dirigidas a garantizar las contingencias de invalidez, vejez o muerte en el actual sistema de seguridad social.

1.1 EL NACIMIENTO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y SUS CAMBIOS LEGISLATIVOS

Con la expedición de la Constitución de 1991 surgió la necesidad de implementar una reforma pensional que garantizara la nueva categoría y estructura del sistema de seguridad social, es decir, su posicionamiento en la carta política como derecho social, indistintamente de estar atado a la existencia de un contrato de trabajo.

Sin embargo, llegar a lo anterior no fue un camino fácil, pues los cambios políticos y económicos de los años ochenta implicaron el desmonte de modelos socialistas que dieron lugar a una nueva etapa en la seguridad social. Un hecho axiomático fue el resultado del *Informe Chenery* (1984), citado por Arenas M. (2011c), cuando se concluye la realidad de los seguros sociales obligatorios para la época, así:

- El sistema de seguridad social es aislado y no garantiza la protección de los riesgos sociales.
- Los SSO tienen una baja cobertura que resalta inequidades injustificadas que hace palmaria la desigualdad en diferentes ámbitos de la población trabajadora.
- Se evidenció una manifiesta carencia de recursos financieros que garantizaran su sostenimiento.

Frente a estos resultados, Rodríguez Mesa (2011) refiere que la situación social y económica del país fue un aspecto crucial para forzar la adopción de una reforma pensional y acoger un sistema dirigido a obturar paulatinamente los difuminados sistemas pensionales, que beneficiaban a unos pocos, pero con altos costos a

cargo del empleador o con onerosos subsidios por parte del Estado. Estos aspectos constituyeron motivo suficiente para el cambio.

En el informe *Evaluación de la Política Social 2003*, realizado por la Contraloría General de la República (Rodríguez M., 2011) se analizó la situación social durante los dieciséis años anteriores a la expedición del documento, para concluir aspectos que influenciaron la toma de medidas frente a la seguridad social, entre estas, la manifiesta desigualdad social en la población por debajo de la línea media de pobreza para Latinoamérica, fomentada por la difícil situación humanitaria derivada del conflicto armado y del narcotráfico; la ligera lucha gubernamental por mitigar la pobreza que en la década de 1990 se ubicaba en el 53,8% de la población, aumentando así la expuesta a la indigencia por encima de la línea media para el continente; la distribución de ingreso y reinversión de la riqueza tuvo un retroceso en un 10% de la población pobre, aislándola más de la participación del ingreso en los medios económicos del país; todo lo cual se reflejaba en una tasa de informalidad en el empleo del 54% al año 1992.

Se considera entonces que estos aspectos fueron de la importancia suficiente para empujar la reforma pensional, pues a la época eran claros los problemas de los seguros sociales obligatorios y su implicación fiscal para el Estado, sin advertir la poca participación poblacional, aspectos que fueron consignados en el proyecto de Ley 155 de 1992, así:

- El déficit actuarial que había asumido con el tiempo el ISS, exponía al colapso del sistema de reparto simple.
- No existía correspondencia entre los ingresos y obligaciones a cargo de la entidad de seguridad social.
- La caída desproporcionada de las reservas para el pago de pensiones de los SSO en el ISS, sin la actualización actuarial sobre cotizaciones.

- La ausencia del aporte estatal en la cotización tripartita en vigencia de la ley que impuso dicha carga, agravó el financiamiento de las prestaciones.
- En síntesis, era necesario *sanear las finanzas de la seguridad social*³⁹ con la implementación de un nuevo sistema, el cual incluyera las cuentas personales de ahorro pensional, administradas por fondos privados encargados de garantizar un margen de rentabilidad en mercados de capital para robustecer el sistema.

Ángela María Velasco C. (2014), ratifica la anterior postura, cuando resume la problemática de los seguros sociales a inicios de la década de los años noventa, resaltando su deficiente cobertura, pues solamente un 20% de la población colombiana contaba con la protección de los seguros sociales obligatorios (SSO) o las cajas previsionales. El déficit pensional era palpable pues el monto de las cotizaciones no era correspondiente a la suficiencia que garantizara el pago de pensiones, obligando a incrementar la deuda pensional. El sistema existente era ineficiente pues no existía un mecanismo para respaldar el recaudo de las cotizaciones por el salario real y el ingreso base de liquidación de las pensiones, por las últimas cien semanas, aumentaba injustificadamente el monto de la pensión, con el agravante de requerir una densidad baja de semanas para causar el derecho pensional.

La citada tesista agrega que el sistema era inviable, pues únicamente preveía su subsistencia con los pagos derivados de la nómina empresarial y, como los niveles de empleabilidad eran precarios, generaban pobreza y carencia de expectativas de pensión en la población, incentivando la evasión y elusión. Una situación agravada por la baja cobertura, que implicó, con el simple paso del tiempo, un acrecentamiento del pasivo pensional. Sumado a lo anterior, la falta de participación para la formación del derecho pensional en el sector oficial pues por regla general se jubilaban sin contribuir a la consolidación de su derecho con el

³⁹ *Ibíd*em

pago proporcional de la cotización, arrojando un subsidio cuasi absoluto a cargo del Estado. Finalmente, el antiguo sistema de los SSO no satisfizo “criterios de universalidad, solidaridad y eficiencia, que son los criterios del sistema de seguridad social impuesto a la luz de la CPC de 1991” (Velasco C., 2014, p. 18).

En vista de lo anterior, se comparte en este trabajo la postura de Arenas M. (2011), cuando afirma que la expedición de la Ley 100 de 1993 dio origen no solamente al sistema de seguridad social y al subsistema de pensiones, sino que trajo consigo diferentes salidas para resolver paulatinamente las falencias del pasado, así:

- El Estado es el director, coordinador y veedor del sistema, encargándose de la expedición normativa y de otro lado, la jurisdicción garantiza la efectividad de estos derechos.
- El sistema tiene una participación pública y privada, impone la obligatoriedad de la afiliación en la población laboral formal o con capacidad de pago, mediante el financiamiento de las cotizaciones como elemento estructural para la formación de los derechos pensionales.
- Se garantiza las prestaciones del sistema, procurando la extensión de cobertura hasta lograr la protección de toda la población.
- El sistema se encuentra diseñado para unificar la normativa en materia de seguridad social, por lo que implica un desmonte progresivo de regulaciones anteriores, garantizando en este interregno las expectativas legítimas y los derechos adquiridos, se impone el régimen de transición que en principio no propone fecha límite de extinción.
- Se adopta la participación pública y privada en el sistema pensional mediante un esquema dual, de reparto simple y cuentas de capitalización, lo cual permite el desmonte de cajas de previsión social en su mayoría y da paso a la creación de fondos privados de pensiones.

- La participación pública y privada en el subsistema de pensiones, permite acoger el principio de libre escogencia del sistema.
- Se consagra la participación de los trabajadores autónomos y aunque continúan siendo afiliados facultativos, se fomenta su intervención en el nuevo sistema pensional.
- Se implementan nuevas tarifas para el financiamiento de la cotización y se adopta una obligación de solidaridad sobre aquellos afiliados con mayores ingresos.
- Se respeta la negociación colectiva para la mejora de derechos pensionales, pero restringe el pago a cargo del sistema con prestaciones más favorables que las dispuestas en la Ley, implica desincentivar la negociación colectiva en la materia.
- Se consagra la protección para las prestaciones de IVM para el sector público y privado, pero para su pago inexorablemente debe existir afiliación, cotización y el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la ley.
- Con la ratificación del sistema de reparto simple y la creación de los fondos de capitalización, se determinan las condiciones de financiación de las prestaciones en cada régimen pensional.
- Se establece la primera intención de unificar regímenes pensionales, dejando algunas excepciones por la calidad de la persona (regímenes exceptuados) o por la actividad desempeñada en el trabajo (regímenes especiales).

A pesar de lo consignado, el simple paso del tiempo llevó a la conclusión preocupante sobre que las cifras de cobertura pensional y el déficit fiscal eran inversamente proporcionales a las metas propuestas, por lo que esta situación incentivó la adopción de nuevas medidas en materia pensional. De estas, resaltan las implementadas por la Ley 344 de 1994, en donde se indicó sanear progresivamente las finanzas públicas, tales como la reasignación presupuestal para programas asistenciales a personas de avanzada edad en estado de

indigencia o la permisión a los servidores públicos que, aun cumpliendo los requisitos para pensionarse, pudieran seguir laborando hasta la edad de retiro forzoso, pero sin derecho a retroactivo pensional.

Con la Ley 789 de 2002 en la materia de interés, se consignó reiterar el compromiso gubernamental para ampliar la protección social, destinada a obtener como “mínimo el derecho: a la salud, la pensión y al trabajo (...) con el objeto fundamental, en el área de pensiones, es crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados” (Ley 789, 2002, art. 1°). Además, se facultó a la administración para retener los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y de la parafiscalidad cuando el contratista incumpla con el pago. En síntesis, se buscó combatir la elusión y la evasión del contratista frente al sistema de seguridad social, aspecto que fue ratificado por la Ley 828 de 2003, cuando obliga a incorporar en los contratos estatales cláusulas que declaren la caducidad o la imposición de multas sucesivas cuando se adviertan estos incumplimientos.

Posteriormente, la Ley 797 de 2003 modificó aspectos relevantes como el término de traslado de régimen pensional, atendiendo el principio de libre escogencia. Se establece en ella el apoyo de sostenimiento o subsidio económico para la población más vulnerable⁴⁰, a través de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional. Se ratifica, asimismo, que la cotización es el pilar para la formación y reconocimiento de las prestaciones a cargo del sistema, las cuales en todo caso no podrán reconocerse sin el aporte respectivo. Además, se vincula como afiliados obligatorios a los trabajadores por cuenta propia o aquellos que pertenezcan a cualquier alternativa laboral.

⁴⁰ El artículo 2° de la Ley 797 de 2003 califica como población vulnerable a los trabajadores independientes, desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados.

Adicionalmente, el ingreso base de cotización (IBC) no podrá ser inferior al salario mínimo legal ni superior a veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual implica que el aporte tendrá que ser equivalente al valor de los ingresos, conllevando a no reconocer prestaciones superiores al tope máximo de cotización. También se resalta que para aquellos afiliados que perciban ingresos inferiores al mínimo legal tendrán asistencia del Fondo de Solidaridad Pensional.

Con la finalidad de fortalecer el sistema en sus diferentes regímenes se incrementó el porcentual de cotizaciones a partir del año 2004. Se disminuyó el sistema de cálculo de pensiones por medio de una fórmula decreciente para aplicar en el ingreso base de liquidación (Ley 797, 2003); se incorporaron requisitos adicionales frente a la pensión de invalidez y sobrevivientes, los que derivaron en múltiples variables, delineadas por la jurisprudencia. Se incrementó gradualmente la edad y las semanas de cotización, teniendo para la consecución del derecho pensional diferentes semanas con distinto origen. Se permite a las entidades de la seguridad social la revisión *ex officio* por incumplimiento de requisitos o por el reconocimiento con documentos falsos, con la finalidad de aplicar la revocatoria directa, sin el consentimiento del titular e inclusive acudiendo a las autoridades competentes para su investigación.

Cabe resaltar que, aunque la anterior normativa pretendió modificar el alcance inicial del régimen de transición, en especial para recortar las condiciones de reconocimiento, la Corte Constitucional las declaró inexecutable (Corte Constitucional, Sent. C-1056, 2003). El afán del ejecutivo para restringir el neurálgico avance de tan difícil situación pensional, lo apresuró a presentar el proyecto que se convertiría posteriormente en la Ley 860 de 2003, destinada a reducir y limitar los titulares de la transición, modificaciones que fueron excluidas por la misma corporación, en Sentencia C-754 de 2004.

Luego de diferentes disensos por los órganos legislativo y ejecutivo, se expidió el Acto Legislativo 01 de 2005, modificatorio del artículo 48 de la Constitución de 1991, con el cual se implementaron medidas para frenar la debacle del sistema, pero de paso, garantizar el derecho a la seguridad social, así:

- Se consagró el derecho irrenunciable a la seguridad social, reafirmando la dirección, participación y control estatal, sujetándose a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.
- Busca la ampliación progresiva de cobertura, incorporando la participación de entidades públicas o particulares.
- El respeto por los derechos adquiridos, siempre respaldado en el cumplimiento de los requisitos legales.
- Se asume el pasivo pensional a cargo del Estado cuando por mandato legal sea su obligación.
- Se incorpora el principio de sostenibilidad financiera.
- Se eliminan los regímenes exceptuados, salvo a los miembros de la fuerza pública, el presidente de la república y las prestaciones para actividades de alto riesgo.
- El monto de la prestación debe ser el reflejo de la cotización aportada al sistema.
- Se elimina la mesada catorce, salvo para aquellos pensionados que causaren el derecho con antelación al 31 de julio de 2011 y la mesada devengada no supere tres (03) smlmv. En consecuencia, la idea es sanear progresivamente el sistema con los pensionados futuros.
- Se limitó el régimen de transición, inicialmente hasta el 31 de julio de 2010 extendido para los afiliados que al 25 de julio de 2005 tuvieran 750 semanas, hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha a partir del cual se extinguen dichas garantías pensionales.
- Se limitó el poder de negociación colectiva en materia pensional, prohibiendo el consenso social y derechos convencionales o derivados de

laudos arbitrales más beneficiosos a los establecidos en el Sistema General de Pensiones (SGP), respetando claro está, los derechos causados hasta el 31 de julio de 2010, fecha a partir de la cual perdieron vigencia.

En vista de lo anterior, con antelación y hasta la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 son notorios los problemas del Seguro Social Obligatorio, trasladado al SGP y soportado en gran parte por la ausencia de financiamiento dada la escasa participación de sus actores y la ausencia de cobertura para la población económicamente activa, incluyendo aspectos endógenos o exógenos, descritos en títulos anteriores.

1.2 NORMALIZACIÓN DEL TIEMPO DE SERVICIO PARA EFECTOS PENSIONALES

El naciente sistema, incluyendo sus modificaciones legislativas, busca que el reconocimiento de las prestaciones del Sistema General de Pensiones (SGP) este precedido de la financiación, según las condiciones de causación legal o por las subreglas de la jurisprudencia, reflejadas en semanas de cotización o capital. Entonces, la legislación dispone de instrumentos para normalizar el tiempo laborado: la cotización, los títulos pensionales, bonos pensionales y cálculos actuariales, los cuales contienen particularidades para el sujeto encargado del pago, pues adolecer de estas herramientas implicaría infringir la vocación de unificar la multiplicidad de regímenes pensionales y, de paso, ahondar la crisis financiera que tras décadas lo ha caracterizado.

Como se analizó en el numeral 1.3.2 del capítulo I de este trabajo, la cotización es por regla general el mecanismo tradicional para estructurar la formación del derecho pensional. López V. (2011b) sostiene que la cotización tiene su fuente de origen en las rentas del trabajo subordinado o autónomo, pero conlleva una utilidad adicional destinada a enmarcarse como el dispositivo de cosecha para el

financiamiento del sistema. Sobre los primeros, esto es, para los trabajadores subordinados, la participación para formar el aporte total de la cotización, que inicialmente fue tripartita, hoy simplemente liga a los sujetos del contrato de trabajo. De otro lado, cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, el pago del aporte está en cabeza del afiliado y sobre el porcentaje de ingresos que disponga la ley.

Inicialmente, las empresas encargadas del pago de pensiones buscaron acogerse a un sistema de financiación, pero forzadas por el mandato legal que le fuera impuesto⁴¹, sin consecuencia jurídica, haciendo uso de contrataciones con aseguradoras para garantizar el pago de obligaciones pensionales presentes o futuras, previa autorización del Ministerio del Trabajo. Con el Decreto 1752 de 1973 se impuso al patrón jubilante la constitución de un *Fondo de Pensiones* al interior de las empresas, financiado de manera gradual al porcentaje del valor actuarial de sus eventuales obligaciones.

Mediante las leyes 81 de 1960 y 7 de 1967 se impuso la constitución de reservas contables a cargo del empleador, sin embargo, en la praxis estas normas únicamente operaron y fueron exigibles, cuando la situación de la empresa la posicionaba en un riesgo de continuidad (quiebra) y, por tanto, expuesta a realizar una conmutación pensional. En consecuencia, se evidencia el desinterés del Estado para garantizar mecanismos de ahorro destinados al pago de la deuda pensional trasladada por su insuficiencia al empleador, quien solamente se preocupaba tratándose de financiación al momento de la consolidación del derecho pensional del trabajador, es decir, desde el nacimiento del derecho jubilatorio y hacia el futuro.

Visto lo anterior, la ley consagró una regla general (cotización) para la formación de derechos pensionales, viéndose forzada a implementar mecanismos propios de

⁴¹ Ley 171 de 1961.

la movilidad laboral entre empleadores públicos o privados y entidades que actuaron como administradoras de pensiones, para reconocer deudas pensionales, tal como lo sostiene López V. (2011c).

Se comparte la postura del autor, al calificar los títulos pensionales como el mecanismo, y a su vez el *género*, para normalizar el tiempo de servicios con efectos pensionales y como *especies*; el cálculo actuarial para el financiamiento del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y los bonos pensionales dirigidos a subvencionar el régimen de ahorro individual, ya que si bien se permite la expedición de bonos al RPM, estos no pueden ser negociables, pues se incorporan al fondo común del sistema de reparto simple, desnaturalizando así la negociabilidad inherente a este tipo de títulos, tal como fue expuesto en el salvamento de voto de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación 27198:

(...) Pero esa diferencia debe ser estimada de conformidad con las reglas que correspondan al tipo de régimen pensional, puesto que los bonos pensionales lo son para el régimen de ahorro individual y los cálculos actuariales, representados también en títulos, lo son para efectos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. (CSJ, Sala de Casación Laboral, Sent. Radicación 27198, 2006)

La explicación contenida en el salvamento cobra importancia, porque la forma de liquidación en uno y otro es diferente, siendo más onerosa la estimación cuantitativa del bono pensional destinado a la cuenta individual del afiliado por consistir en un esquema de financiación personal y el cálculo actuarial simplemente es un desembolso parcial que se complementa con un subsidio del Estado.

Retomando la citada clasificación, los títulos pensionales para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- son calificados como bonos pensionales (López V., 2011d). Castillo C. (2011), acogiendo a la definición legal, asegura

que estos constituyen aportes destinados a contribuir en la conformación del capital necesario para financiar las pensiones del Sistema General de Pensiones (SGP), extrayendo las siguientes características: son instrumentos de deuda pública nacional o excepcionalmente privada a cargo del patrono, pagaderos en moneda local, son nominativos, originalmente endosables con circulación condicionada a favor de la administradora o aseguradoras, generan intereses por ser un pago futuro a cargo de la nación o del empleador.

Continuando la línea de Castillo C. (2011), el emisor de bonos para el RAIS, debe encontrarse incurso en alguna de las siguientes hipótesis para financiar el tiempo laborado:

1. Ostentar la condición de empleador público en sus órdenes territorial o nacional, sin importar si el tiempo de servicio existió o no, cotización a cajas de previsión social o fondos de pensiones del sector.
2. Ser empleador privado que tuviera a cargo el pago de pensiones y por el tiempo que no se realizó el pago de la cotización, siempre que la vinculación laboral estará vigente al 23 de diciembre de 1993.
3. Tener la calidad de empleador particular obligado al pago de pensiones y por el tiempo que no se pagó cotización, para aquellos trabajadores que debieron ser afiliados a los seguros sociales obligatorios (omisión empresarial), por el tiempo en que debió ser afiliado y sin que sea necesaria la vigencia de la relación laboral al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones.
4. La nación, por tiempo de servicios cotizados por empleadores públicos o privados al ISS antes del 1º de abril de 1994 y que opten por el traslado al RAIS. Sin embargo, en caso de que la densidad de aportes no supere 150 semanas al ISS o fondos de previsión de naturaleza pública, no tendrá derecho a bono, sin perjuicio de ser habilitado para efectos pensionales.

De otro lado, el título pensional por cálculo actuarial para el Régimen de Prima Media (Castillo C., 2011) es representativo de deuda pensional a cargo del emisor cuando concurren alguno de los siguientes supuestos:

1. Medie un empleador que tenía a su cargo las pensiones, con vinculación laboral al 23 de diciembre de 1993 por parte del trabajador y por el tiempo sin afiliación por estar precedida de ausencia de cobertura por el ISS.
2. Por el empleador omisivo que no afilió al trabajador existiendo cobertura.
3. A cargo del empleador que con posterioridad a la vigencia del SGP no realizará la afiliación y cotización, estando obligado a hacerlo.

Cabe señalar que, aunque la jurisprudencia del trabajo ha sostenido clasificación distinta en relación con los mecanismos para habilitar el tiempo laborado a título de financiación pensional (CSJ, SL, Sent. SL-14388-2015, 2015), por cuestiones de claridad y sencillez en el tema, se cree oportuno acogerse a la clasificación sostenida en el desarrollo de esta investigación, ya que esta tesis no solamente incurre en serias confusiones e inclusive en un amalgamiento de conceptos, sino que adiciona hipótesis y consecuencias no reguladas por la ley, que se escapan a la competencia funcional de la jurisdicción y que dificultan la comprensión del tema.

De lo expuesto se tiene que, con el nacimiento de los SSO y, la asunción de contingencias por invalidez, vejez o muerte (IVM) a los empleadores privados, incluyendo a los navieros, el acogimiento de los riesgos pensionales por el sistema se encontraba atado al acto de llamamiento e inscripción forzosa, conforme la potestad contenida en la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 257 de 1967⁴², siendo obligación del patrono, en este interregno de tiempo, pagar las prestaciones pensionales causadas, quedando excluidos de esta garantía los trabajadores que

⁴² El ISS, mediante Resolución 003296 del 2 de agosto de 1990, llamó a inscripción y afiliación forzosa de los empleadores marítimos.

no causaran el derecho jubilatorio a cargo del empleador marítimo. Por este contexto y otros conocidos por la jurisprudencia laboral⁴³, el SGP impuso como garantía, para habilitar tiempos en ambos regímenes, la sumatoria de periodos no cotizados y por estar precedida de ausencia de cobertura con el pago del cálculo actuarial o bono pensional en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de los Decretos 1887 de 1994 y 1299 de 1995, pero siempre con la condición de que la relación laboral estuviera activa a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se hace necesario estudiar el alcance del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y la modificación a este por la Ley 797 de 2003. A partir de lo anterior, extraer los argumentos de la Sentencia C-506 de 2001, acogidos a su vez en la C-1024 de 2004, que al estudiar la constitucionalidad del literal c), párrafo 1º, del artículo 33 de la ley en mención, resolvió los cargos formulados con la argumentación que se comparte y se sintetiza de la siguiente manera:

1. La multiplicidad de regímenes pensionales con antelación a la Ley 100 de 1993 no permitían la acumulación de tiempos laborados en empresas privadas para causar la pensión, pues esta obligación estaba a cargo de ciertos empleadores por mandato legal y con tiempo de servicio exclusivo a favor de la misma empresa.
2. Al no existir disposición legal que permitiera computar el tiempo laborado en el sector privado, con la carga de reconocer pensiones y por encontrarse un paralelismo en los regímenes de seguridad social, era necesario para el nuevo sistema adoptar el instrumento necesario y unificador de habilitación por el tiempo laborado a cargo del empleador jubilante, generando obligaciones recíprocas entre las entidades administradoras de pensiones, lo cual justifica que solo sea una obligación exigible a partir de la expedición de esta ley.

⁴³ Como ejemplos de caso tardío de llamamiento para inscripción y afiliación a los SSO, están los de la industria petrolera, de producción y transformación de palma y de las sucursales de entidades bancarias en municipios y departamentos alejados de las grandes urbes o capitales.

3. La vinculación de trabajadores con empleadores privados con antelación a la Ley 100 de 1993 se ubica dentro de las simples expectativas, por encontrarse el derecho en formación, según las reglas de reconocimiento de la normativa descrita en el numeral 1º.
4. El mandato de trasladar el cálculo actuarial a cargo del empleador jubilante es una obligación nueva en el naciente sistema, que hace necesaria la existencia de una relación laboral vigente o que se inicie con posterioridad al SGP, procurando con eso la ampliación progresiva de la seguridad social y posicionando al trabajador dentro de las expectativas legítimas.
5. Como lo anterior significa incorporar una obligación onerosa a cargo de los empleadores privados y para la seguridad social, la intención del legislador no puede desconocer situaciones consolidadas.
6. Dado que antes del 23 de diciembre de 1993 no había obligación pensional para habilitar el tiempo de servicio por el empleador jubilante, tratándose de cotizaciones y, por ello, sin alguna expectativa de derecho frente a la nueva normativa en pensiones, era forzoso acudir al principio de irretroactividad de la ley para no crear obligaciones retroactivas que afectaran el principio de seguridad jurídica, inherente al Estado Social de Derecho.
7. Con lo anterior y realizando un test de igualdad, es concluyente que los trabajadores con vinculaciones concluidas con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993, frente a los que sí ostentaban el estatus de vinculados, constituye una medida justificada, razonable y objetiva que no resulta desproporcionada, sin que se enmarque en el ámbito discriminatorio contra de los primeros.
8. La condición de vigencia del contrato de trabajo al 23 de diciembre de 1993 o su inicio a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 se encuadra dentro de la potestad legislativa en materia de seguridad social, que vislumbra esfuerzos para hacer efectivo el principio de universalidad, siendo legítima y proporcional esta medida.

En consecuencia de lo anterior, el legislador diferenció, en primer lugar, una carga patrimonial al empleador jubilante que, teniendo a cargo el pago de pensiones, detentaba una vinculación laboral al 23 de diciembre de 1993, con la obligación recíproca i) para la empresa, de habilitar los tiempos laborados antes del Sistema General de Pensiones (SGP) con el pago del cálculo actuarial o bono pensional, según el régimen al que pertenezca y ii) por el sistema, de recibir la liquidación reflejada en dinero para computarse en la historia pensional del afiliado las semanas cotizadas o el capital. En segundo lugar, el legislador amplió la protección al trabajador vinculado mediante contrato laboral, obligando al empleador omisivo al pago del cálculo actuarial o bono pensional, bien sea en vigencia o con antelación a la expedición de la Ley 100 de 1993, pero bajo el entendido de haber existido cobertura por los seguros sociales obligatorios o del SGP, lo que, a criterio del autor de la monografía, materializa los principios de universalidad, integralidad y unidad del nuevo sistema de seguridad social en pensiones.

1.3 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL PAGO DE APORTES PRECEDIDO DE LA AUSENCIA DE COBERTURA POR LOS SSO

Como se expuso anteriormente, el Sistema de Seguridad Social en Pensiones buscó ampliar la cobertura y extender los derechos unificados del sistema, con algunas excepciones⁴⁴, pero, tratándose de obligaciones pensionales a empleadores navieros, las reglas de habilitación para estos fines se encuentran precedidos de los mecanismos de normalización o reconocimiento de tales deudas, consignados en el Sistema General de Pensiones (SGP) como son: los bonos pensionales o cálculos actuariales, según el régimen al cual pertenezca el afiliado.

⁴⁴ Hace referencia a los regímenes exceptuados y especiales que consignó la Ley 100 de 1993 y que fueron limitados con el Acto 01 de 2005, que reformó el artículo 48 Constitucional.

Así las cosas, se hace necesario analizar el estado del arte sobre obligaciones pensionales en cada uno de los tribunales de cierre en Colombia, cuando medie: a) la existencia de un contrato de trabajo, cuyas obligaciones pensionales se encontraban a cargo del empleador; b) que el tiempo laborado sea anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y c) que para la época en que se prestó el servicio, el Instituto de Seguros Sociales —ISS— no había extendido la cobertura para los riesgos de invalidez, vejez o muerte. Se verá, entonces, si la jurisprudencia ha respetado esta regla esencial de método incorporada por el legislador.

1.3.1 Tesis de la Corte Suprema de Justicia.

Una vez analizadas los diferentes matices que le ha dado la jurisprudencia del trabajo al caso que acá ocupa, se extraen dos etapas evolutivas con un choque interno entre los años 2009 y 2012; la primera, relacionada con la *indemnidad del empleador* y, la segunda, sobre la *responsabilidad empresarial en materia pensional ausente de cobertura por el ISS*.

En relación con la primera etapa, la jurisprudencia del trabajo examinó la filosofía de los SSO en la sentencia SL del 24 de febrero de 1998, radicación 10339, al acoger la providencia fundadora del 15 de julio de 1994, radicación 6681, resaltando:

La afiliación al ISS de un trabajador que labora en un lugar en el cual la entidad de previsión social no ha extendido su cobertura resulta indebida, porque de un lado el empleador no tiene la obligación legal de hacerlo y de otro, porque el instituto no ha asumido el cubrimiento de las cotizaciones correspondientes. Tan es así que el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del Instituto de Seguros Sociales, adoptado por el Dec. 2665 de 1989 estableció en el art. 20, lit. e) como una de las causales de cancelación parcial o total de la afiliación de un trabajador el que no se encuentre comprendido entre los grupos

de población o en la zona geográfica llamada a inscripción (...). (CSJ, SL, Sent. Rad. 6681, 1994)

En la sentencia SL del 18 de abril de 1996 radicación 8453, ratificada en la SL del 13 de diciembre del mismo año, radicación 9216, de manera más explícita el alto tribunal reflexionó:

Ese marco conceptual, histórico y legislativo dentro del cual ha venido operando la asunción de los citados riesgos por parte del Instituto de Seguros Sociales, contiene enunciados generales sucesivos que sirven de pauta para una mejor comprensión de ese mecanismo en cuanto se refiere a los trabajadores dependientes. Por tanto, puede entenderse que la obligación del ISS de pagar los riesgos que cubre y específicamente para el presente caso los referentes a invalidez, vejez y muerte, empieza en el momento en que los asume, vale decir, cuando dispone iniciar la cobertura de tales riesgos en las zonas geográficas del territorio nacional donde aún no lo ha hecho y en ese mismo momento nace la obligación del empleador de afiliar a su trabajador con la advertencia de que la afiliación debe darse de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos del Instituto. Así mismo, en tal oportunidad surge la obligación conjunta de los sujetos del contrato de trabajo de pagar los respectivos aportes o cotizaciones (...). (CSJ, SL, Sent. Rad. 8453, 1996)

Posteriormente, con la SL del 9 de junio de 2000, radicación 13347, la Corte Suprema ratificó la postura inicial de indemnidad empresarial, así:

(...) La Sala debe anotar que el razonamiento que se hace en la sentencia cuestionada para denegar los pedimentos de la demanda, es acertado, en el sentido de que durante el tiempo el que el trabajador comenzó a desarrollar sus actividades (...), no existía obligación del empleador de afiliarlo al ISS, por no haberse extendido su cobertura a esa localidad. Por lo tanto, (...) resulta equivocado concluir como lo pretende hacer ver el recurrente, que el empleador y mucho menos, el ISS, tenga que responder por unas cotizaciones que no hizo durante un determinado lapso de tiempo, fundado, no en una actitud renuente o caprichosa de su parte, sino en virtud a razones de tipo legal que le imponían cancelarle la afiliación por no haberse extendido la cobertura del ISS a aquella población del país donde fue enviado el actor a prestar los servicios durante varios años. (CSJ, SL, Sent. Rad. 13347, 2000)

Por su parte, la sentencia SL del 24 de julio de 2006, radicación 26078, expone que los seguros sociales obligatorios iniciaron con la implementación de obligaciones pensionales, persistiendo las jubilatorias y, posteriormente, asumidas escalonadamente por las entidades de seguridad social, pero en este último evento “no se produjo de manera uniforme y total, en el tiempo y en el espacio, pues se fue implementando paulatinamente, por zonas geográficas determinadas”, desarrollado por el reglamento aplicable a cada riesgo, condición que activaba “la obligación conjunta de los sujetos del contrato de trabajo de pagar los respectivos aportes o cotizaciones” (CSJ, SL, Sent. Rad. 26078, 2006). Sobre lo anterior, se observa que la responsabilidad pensional por el tiempo laborado carente de cobertura era sometía a la actividad, zona geográfica y calenda de entrada en operación del Instituto de Seguros Sociales (ISS) a través del acto de llamamiento en que se ejecutó el contrato laboral. Sin la ocurrencia de estos eventos no existía omisión y, con ello, el empleador salía ileso de responsabilidad económica.

Con la sentencia SL del 22 de noviembre de 2007, radicación 29571, se acudió a la filosofía de los seguros sociales obligatorios, para concluir que el diseño del sistema fue paulatino, atado a la condición resolutoria en cabeza del ICSS para llamar a inscripción a los diferentes empleadores, precisando que cuando se discuta el acto de inscripción por la actividad del empleador, este deber no se circunscribe al lugar donde se ejecutó el contrato de trabajo, sino a la industria que pertenezca el patrono, pues es la que finalmente vincula el acto de llamamiento a inscripción pensional.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia SL del 29 de julio de 2008, radicación 29180, reafirmó el criterio sobre indemnidad patronal en materia pensional, pero añadió la “imposibilidad física y financiera de ese naciente sistema de seguridad social”, eventos que se refleja en los motivos que dieron origen a la Ley 100 de 1993 y al artículo 48 Constitucional. La postura fue acogida en la sentencia SL del 4 de agosto de 2008, radicación 28479, resaltando la prosperidad de habilitar el

tiempo servido a cargo del empleador jubilante, siempre que el contrato estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993, según las condiciones que el SGP dispuso para computar el tiempo laborado antes de esta norma.

El alto tribunal, en su providencia SL del 7 de septiembre de 2010, radicación 36280, en vigencia de la nueva postura, resolvió el asunto de un marino que reclamó el pago de perjuicios morales por el no pago de aportes en los periodos donde el ISS no había extendido la cobertura y con ello se había causado una mesada pensional deficitaria en relación con la que realmente tenía derecho, partiendo del supuesto de que el empleador hubiera realizado el traslado de las cotizaciones por todo el tiempo laborado. En sede de instancia, se sostuvo que era un error ostensible imponer la reparación del daño, cuando “no había obligación del demandado de afiliar a su trabajador y, por ende, de efectuar las cotizaciones correspondientes para el riesgo de vejez, no puede hablarse de incumplimiento imputable al deudor, elemento necesario para que surja la obligación de indemnizar” (CSJ, SL, Sent. Rad. 36280, 2010).

Sin embargo, la anterior posición fue revaluada con la discreta argumentación de la sentencia SL del 22 de julio de 2009 radicación 32922, en donde se expuso que si bien el Sistema General de Pensiones (SGP) permitía la habilitación del tiempo laborado siempre que el contrato estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993 o existiera omisión en la afiliación, para ambos casos, en cabeza de los empleadores encargados del pago de pensiones, no era propio del alcance protectorio del derecho laboral y de la seguridad social (principios de universalidad e integralidad) castigar el tiempo laborado con antelación a la Ley 100 de 1993 y que conllevaran la gravosa consecuencia de frustrar el derecho pensional del trabajador.

En fallo SL del 13 de marzo de 2012, radicación 38225, la Corte Suprema de Justicia se ocupó de un caso particular, en donde los servicios del trabajador

fueron prestados antes de la entrada en operación de los seguros sociales obligatorios⁴⁵ y en diferentes regiones del país, dado el traslado a los lugares en que la empresa requirió sus servicios. De cualquier forma, la relación de trabajo, que superó veinte años, terminó con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Aunque en la sentencia, motivo del recurso de casación, fue impuesto el pago al empleador de la pensión de jubilación, el aporte doctrinario de la Sala se centró en endilgar la responsabilidad empresarial por el cumplimiento de los requisitos legales para el pago de la pensión de jubilación y porque los periodos sin aportes, debido a la ausencia de cobertura por el ISS, fue propiciada por el empleador en ejercicio del *ius variandi*, lo que implica que esto le merezca una carga obligacional en materia pensional al empresario, pues “la solución que dio el fallador de alzada a la presente controversia es la que más se aviene en estricto derecho a la luz de la Ley y la Constitución” (CSJ, SL, Sent. Rad. 38225, 2012).

Cabe señalar que, aunque con la sentencia inicial y descrita para el segundo periodo evolutivo⁴⁶ se cambió la postura en la mayoría de los integrantes de la Sala Laboral sobre la responsabilidad pensional en las zonas geográficas o las actividades donde el ISS no había extendido la cobertura, lo cierto es que existió una resistencia en incorporar el nuevo criterio (CSJ, SL, Sent. Rad. 39914, 2012), recogido mediante Sentencia SL9856-2014, radicación 41745, del 16 de julio de 2014, la cual expuso la problemática que había confrontado esta corporación. Sobre el particular, indicó:

1. Como antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los SSO presentaban un descontrolado manejo por la multiplicidad de regímenes y traslado de los riesgos pensionales impuestos al empresario, con la entrada del nuevo sistema, se evaluó la responsabilidad patronal bajo la literalidad

⁴⁵ Los SSO entraron en funcionamiento a partir del 1° de enero de 1967.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (22 de julio de 2009). Sentencia Radicación 32922 [M.P. Eduardo López Villegas].

de la norma, entendiendo que la afiliación del trabajador en donde no se había extendido la cobertura, generando invalidez o resultando indebida.

2. Sumado a lo anterior, como los SSO se caracterizaban por su extensión gradual y progresiva, no se podía calificar la conducta empresarial como incuriosa, omisiva o de incumplimiento del deber de afiliación, arrojando indemnidad empresarial.
3. A pesar de lo anterior, la transitoriedad de los riesgos patronales no puede calificarse como un desprendimiento total de las obligaciones del empleador por los periodos donde no hubo extensión de la cobertura, sin que pueda exonerarse de responsabilidad a la luz del artículo 1613 del Código Civil⁴⁷, ya que implicaría desconocer “la protección integral que se debe al trabajador”, que finalmente se obtiene con el SGP y el nuevo modelo de seguridad social.
4. La protección al trabajador no se distinguió por el legislador ante la ausencia de cobertura, sea por la omisión del empleador responsable de la afiliación o por el impago de la cotización correspondiente.
5. De un análisis del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, no se excluyó el pago de obligaciones pensionales al empleador, que son propias del contrato de trabajo.
6. La *aparente* orfandad legislativa que podría extraerse de la normativa en materia pensional, no puede frustrar el derecho pensional, lo cual significa que tiene una incidencia directa en la causación de la prestación por vejez.
7. Analizando un marco histórico de derecho al trabajo, inclusive desde la Constitución de 1886, se previó su protección sin permitir la lesión o

⁴⁷ Esta normativa dispone: *Indemnización de perjuicios*. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

desmejora de sus derechos, alcance que debe tenerse en cuenta al momento de realizar cualquier ejercicio interpretativo sobre el tema.

8. La responsabilidad empresarial mientras se extendía la cobertura de los SSO no pueden conllevar a la ausencia de habilitación del tiempo laboral, porque constituye imponerle al trabajador una carga gravosa que afecta el derecho a la pensión.
9. Solamente con el traslado del cálculo actuarial, el empleador se libera de las obligaciones pensionales que inicialmente estuvieron a su cargo hasta que el sistema asumiera las contingencias de IVM.
10. La imprevisión del legislador desde el nacimiento de los SSO, no puede trasladarse al sujeto protegido del contrato laboral, pues conllevaría a lesionar la confianza legítima que ampara a los ciudadanos por la reglamentación del legislativo.
11. Queda abierta la posibilidad de una *eventual responsabilidad* por falta de previsión legislativa.
12. Si bien el sistema de los SSO estableció unas hipótesis para la liberación del riesgo pensional, como el caso de los trabajadores que no llevaban diez años de servicios, subrogados por el ICSS, esto no implica exonerarlo de “la carga económica” pues son tiempos necesarios para completar la densidad de cotizaciones para causar la pensión de vejez.
13. La norma que en adelante gobierna procesos cuyos antecedentes sean la ausencia de aportes por falta de cobertura, sin distingo de la vigencia de la relación de trabajo al 23 de diciembre de 1993, es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, incluyendo la modificación del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

La postura ha sido sostenida con la reiteración de la sentencia SL17300-2014, radicación 45107, del 24 de septiembre de 2014 y vigente hasta la fecha, con algunas variables que se describen a continuación.

En sentencia SL8647-2015, radicación 59027, del 1º de julio de 2015 se ordenó el pago de un *título pensional* por los periodos correspondientes a los lugares en donde el empleador no había sido llamado a inscripción.

La Corte Suprema impuso, a través de providencia SL13900-2017, radicación 52125, del 6 de septiembre de 2017, el pago del cálculo actuarial a pesar de haberse solicitado el pago de *aportes* y las *sanciones correspondientes*, acudiendo a la tesis de constituir el mecanismo de habilitación por el tiempo de servicios a favor del Sistema General de Pensiones (SGP), cuando medie omisión del empleador, argumento acogido también en el fallo SL13124-2017, radicación 51624, del 15 de agosto de 2017, pero bajo el entendido de comprender una medida para “integrar y solucionar financieramente las omisiones que presentaron en el pasado por cualquier causa”.

La anterior posición fue reiterada y adicionada por la sentencia SL 14215-2017, radicación 51461, al sostener que ni siquiera ante eventos de fuerza mayor que enfrente el empleador, que es una causal de exoneración, como el caso del conflicto armado entre 1980 y mediados de 1995 en la zona bananera de Urabá y la presión de organizaciones sindicales instando a los trabajadores para no suministrar la documentación y firma de los formularios de afiliación al ISS, se excusa al empleador del pago de las cotizaciones, reflejadas en el pago del cálculo actuarial.

En la sentencia SL18906-2017, radicación 45477, del 15 de noviembre de 2017, el alto tribunal ordenó el pago del cálculo actuarial, indistintamente de si existió o no cobertura de los seguros sociales obligatorios (SSO), inclusive en ella se

reflexiona sobre el desarrollo actual de la responsabilidad empresarial, extendiéndolo a la habilitación de tiempo cuando: existan tiempos no cotizados, sin importar la razón en que el empleador fundó su posición, incluye también la omisión pura y simple, por la creencia del empleador de no encontrarse en una relación laboral por operar el principio de la primacía de la realidad e indistintamente de que el contrato estuviera o no vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, reiterada en la SL1169-2018 radicación 72395 del 18 de abril de 2018 en donde la Corte Suprema de Justicia dispuso:

Ahora bien, el hecho de que el contrato de trabajo no hubiera estado vigente para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tampoco impedía la aplicación de esta normatividad, como lo reclama la censura, ni desdibuja la legalidad de la sentencia cuestionada. En torno a este punto, esta Sala de la Corte ha aleccionado que la vigencia del contrato de trabajo es un presupuesto intrascendente, a la hora de definir la procedencia de acumular tiempos servidos y no cotizados, a través del cálculo actuarial (...). (CSJ, SL, Sent. SL-1169-2018, Rad. 72395, 2018)

La citada providencia continúa: “Esta Sala de la Corte ya había justificado la necesidad inaplicar este tipo de condicionamientos, por ser contrarios a la intención del legislador” (CSJ, SL, Sent. SL-1169-2018, Rad. 72395, 2018) y controvertir los principios de integralidad y unidad del sistema de seguridad social, cuando menos en subsidio, el deber de aprovisionar los recursos necesarios para el financiamiento pensional a cargo del empleador jubilante.

En el mismo sentido, más recientemente, la Sentencia SL-1358-2018, radicación 69316, del 25 de abril de 2018, mencionó: “Esos lapsos de no afiliación por parte del empleador al sistema de seguridad social en pensiones, así no hubiera incurria de este por virtud de la falta de cobertura en su inscripción, debía estar a su cargo por mantenerse en cabeza del empleador el riesgo pensional”.

Este pronunciamiento y en sede de instancia, impuso la obligación patronal del pago del cálculo actuarial regido por el Decreto 1887 de 1994 con destino a la

administradora del RPM, a pesar de haberse solicitado el pago de un *bono pensional*, teniendo en cuenta los salarios devengados por el extrabajador durante el tiempo laborado.

En la providencia SL-553-2018, radicación 45477, del 7 de marzo de 2018, la Corte ratificó su postura sobre la responsabilidad en el pago de aportes mediante el cálculo actuarial, pero, en este caso particular, cuando aún no había entrado en operación el Instituto de Seguros Sociales con los SSO, disponiendo que estos tiempos “sean determinantes para la adquisición del derecho o su mejoramiento” se habilitan con el pago a satisfacción por la administradora del Sistema General de Pensiones, tesis contemplada en la SL-18906-2017, radicación 45477, del 15 de noviembre de 2017.

La anterior posición se esgrimió en providencia SL-098-2018, radicación 54194 del 7 de febrero de 2018, en la cual, a pesar de solicitarse el pago de una *cuota parte* entre el empleador y la entidad de previsión social, esta última como emisor del bono pensional, se impuso el pago del cálculo actuarial por ser una obligación derivada del empleador jubilante. Cabe señalar que esta tesis activa la protección del derecho pensional, siempre y cuando medie el reconocimiento de una pensión regida por las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988, 100 de 1993 y 797 de 2003, incluyendo la reglada en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, acudiendo a los principios de *justicia y equidad*.

1.3.2 Tesis de la Corte Constitucional.

La máxima corporación de lo constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades a través del mecanismo de revisión para acciones de tutela. De estos pronunciamientos es posible extraer tres etapas, ubicadas por periodos, así: *inicial*, *discordante* y de *responsabilidad empresarial*, sin que sea fácil delimitar

una línea de tiempo, en especial, por el conflicto suscitado al interior de las diferentes salas de revisión.

En el *periodo inicial* se tiene la providencia hito T-784 de 2010, en donde la Corte Constitucional sostuvo que el derecho a la seguridad social es irrenunciable para todas las personas, tal como se infiere de las disposiciones internas e internacionales; resaltando que, si bien Colombia ha posicionado este derecho por fuera del catálogo de garantías fundamentales, la avanzada de esta corporación, mediante la teoría de la *conexidad*, inició una línea de defensa y protección en sede constitucional.

Indicó la corte que el régimen jurídico en materia pensional para el empleador privado desde sus orígenes impuso “la necesidad de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que esta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales (ISS) cuando se asumiera por parte de este el pago de la pensión de jubilación” (Corte Constitucional, Sent. T-784, 2010), pues un sistema con asunción escalonada de las contingencias implica el ahorro respectivo para el pago de cotizaciones que es realizable al ISS, cuando extiende la cobertura a la zona geográfica o actividad empresarial llamada a inscripción, tal como se interpreta de los artículos 72 de la Ley 90 de 1946, 259 y 260 del CST (Código Sustantivo del Trabajo).

Asimismo, la Corte Constitucional refirió que existe una diferencia entre la obligación de *aprovisionar* el capital de las cotizaciones y otra, relacionada con la condición resolutoria, al trasladar las cotizaciones al ISS, cuando expidiera el acto de llamamiento. Es de resaltar que en su parte motiva esta providencia ordenó el pago del cálculo actuarial, pero en la resolutoria dispuso el pago indexado de las cotizaciones no realizadas, teniendo como base el salario devengado en los extremos de la relación laboral.

Dentro del *periodo discordante* es posible observar dos criterios, uno de exoneración y otro de responsabilidad, aunque resulte difícil su ubicación temporal, debido al choque de posturas al interior de la corte. El criterio de exoneración para esta etapa inicia con la Sentencia T-719 de 2011, donde se analizaron los antecedentes de la legislación de los SSO, resaltando la extensión de cobertura para las contingencias de invalidez, vejez o muerte de manera escalonada, sin que existiera la obligación de efectuar las reservas o el *aprovisionamiento* de cotizaciones. En esta se evaluó la constitucionalidad del literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a la luz de lo resuelto en la Sentencia C-506 de 2001, y la necesidad de vigencia contractual al 23 de diciembre de 1993, lo cual implica una obligación futura a los empleadores para habilitar el tiempo laborado, cuando a su cargo tuvieran el pago de pensiones. La postura fue reiterada en los fallos T-814 de 2011, T-890 de 2011 y T-020 de 2012.

En la Sentencia T-205 de 2012 se acudió al criterio sostenido desde la T-719 de 2011; pero, adicionalmente, el alto tribunal constitucional sostuvo que la demandante podía acudir a la jurisdicción ordinaria para debatir el derecho pretendido, pues la acción de amparo no es el mecanismo procesal para obtener el reconocimiento de bonos pensionales. Esto, sumado a que la posición asumida por los jueces de instancia, que debatieron previamente la procedencia de pago sobre el tiempo laborado y no cotizado por la falta de cobertura, es un ejemplo de la autonomía judicial, de interpretación razonable y coherente en la materia. En suma, se buscó fortalecer el requisito de procedibilidad de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales y se refirió sobre el acto de llamamiento, que:

(...) Bajo este panorama, para poder establecer el grado de responsabilidad de un empleador por inscripción tardía o falta de afiliación al seguro social de sus trabajadores y los efectos que de ello se generen, es necesario determinar, en primer lugar, en qué fecha inició la obligación de afiliar en la zona geográfica en

la que se ejecutó el contrato y/o a partir de qué momento fue llamada a inscripción la actividad económica de la respectiva empresa. (Corte Constitucional, Sent. T-205, 2012)

Esta postura culmina con la Sentencia T-240 de 2013, al reafirmar la tesis de exoneración empresarial, pero resaltando que la disparidad de criterios sobre la materia que abordan las diferentes salas de revisión no puede afectar la autonomía funcional que ostentan los jueces del trabajo para decidir según su criterio, bajo los principios de razonabilidad e independencia jurisdiccional, que en resumen no permite evidenciar el menoscabo a ningún derecho fundamental.

Como segundo criterio de este *periodo discordante*, la Sentencia T-674 de 2012 analizó el expediente de un extrabajador marítimo, acogiendo el fallo fundador T-784 de 2010, en el que se resalta el no reconocimiento del tiempo laborado como equivalente a un “enriquecimiento de la empleadora, habida cuenta de los recursos descontados al trabajador nunca fueron transferidos, quedándose injustificadamente con un dinero destinado para la pensión del trabajador”. Por esta razón, se ordenó el traslado de la *reserva actuarial* con destino al juez del concurso⁴⁸, para la aprobación del cálculo actuarial de acreencias adeudadas por el empleador marítimo inmerso en proceso de liquidación obligatoria, pero, con la paradoja de que en el expediente no quedó demostrado que al trabajador le fueron descontados dineros por concepto de pensión, enmarcándose un claro error judicial.

Posteriormente, la Sentencia T-389 de 2013 recoge la postura del *aprovisionamiento*, pero en ella la Corte Constitucional concluye que la misma obedece a la *omisión empresarial* por no trasladar las cotizaciones del tiempo laborado con antelación al SGP, inmediatamente el ISS acogió los riesgos pensionales y ordenó el pago de las cotizaciones, conforme a la Sentencia T-784 de 2010.

⁴⁸ La Superintendencia de Sociedades.

Con la Sentencia T-492 de 2013⁴⁹, la corte acoge la obligación del *aprovisionamiento*, pero asocia la conducta patronal con el “buen padre de familia en el cuidado de sus negocios”, concebida en el Código Civil; el deber de “cooperación económica” para garantizar derechos pensionales a cargo de la empresa; y los principios de solidaridad, proporcionalidad y razonabilidad, para ordenar el pago a prorrata de su cotización, de acuerdo con lo dispuesto en el SGP para cumplir la densidad mínima de cotizaciones, según el Acuerdo 049 de 1990, con la finalidad de “superar la situación de emergencia en la que se encuentra un individuo”, sin que esta medida afectara la sostenibilidad financiera del sistema, porque el reconocimiento eventual del derecho pensional a cargo del RPM se satisface con todos los requisitos de ley.

En la Sentencia T-651 de 2013, la Corte Constitucional continua la línea de responsabilidad, esta vez como elemento diferencial, indicando el deber patronal de responder por aportes pensionales, sin importar el capital que tuviera la empresa para ser catalogada como obligada al pago de pensiones.

El tribunal constitucional, a través de la Sentencia T-770 de 2013, ratifica implícitamente la postura contenida en el fallo T-651 de 2013, haciendo un análisis histórico, desde el origen de los seguros sociales obligatorios hasta la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, en el que se expone la necesidad de implementar un “sustrato común” entre las tesis exonerantes y de responsabilidad empresarial, con el objetivo de resolver armónicamente el problema planteado en esa oportunidad.

La iniciación del *periodo de responsabilidad empresarial* en los fallos de la máxima

⁴⁹ En el caso objeto de análisis, cobra importancia la imposición a las partes del pago proporcional de la obligación pensional, en cuantía del 75% al empleador y 25% al trabajador, para el financiamiento de los periodos laborados, acogiendo los porcentajes del SGP, a pesar de tratarse de extremos temporales con antelación a la Ley 100 de 1993.

instancia constitucional se da con la Sentencia T-410 de 2014, que examinó la *ratio decidendi* y la *cosa juzgada constitucional relativa*⁵⁰ de las sentencias C-1024 de 2004 y C-506 de 2001⁵¹, originando la corrección y rectificación de las posturas doctrinales de la Corte Constitucional.

Sobre la carga de asumir el pago de aportes en cabeza del empleador y frente a la necesidad de la vigencia contractual al 23 de diciembre de 1993, esta corte hace un llamado a las autoridades judiciales para inaplicar el literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 por inconstitucional, estableciendo como sub reglas, pero sin instar a determinar la condición de “empleador omisivo” por la asunción paulatina de los riesgos, que, la obligación jubilatoria conlleva la financiación del tiempo laborado y no cotizado por falta de cobertura, porque esta no emerge con la expedición de la Ley 100 de 1993, sino desde las Leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, y de los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sin importar la entrada en vigencia de los SSO o del contrato de trabajo activo exigido en el Sistema General de Pensiones. Se resalta que es indiferente, a la luz de salvaguardar los derechos fundamentales, el *quantum* de pago a realizar para el financiamiento del tiempo laborado con fines pensionales, mediante el traslado del cálculo actuarial.

Para finalizar lo relativo a las tesis esgrimidas por la Corte Constitucional, cabe señalar que, hasta la última sentencia traída a este trabajo, la máxima instancia ha mantenido la argumentación sobre la necesidad de aprovisionar los recursos para el financiamiento pensional. En todo caso, la variable se presenta en el

⁵⁰ En aquella ocasión, la Corte Constitucional afirmó: i) El único cargo estudiado, lo fue, por el principio de igualdad y en relación con la carga que impuso la norma a trabajadores con la vinculación laboral finalizada antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. ii) Si bien se aludió al artículo 48 de la Constitución, materialmente la disposición constitucional no fue evaluada. iii) Que en el caso de considerarse estudiado este artículo 48, lo cierto es que a la luz de la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 se respetan los derechos adquiridos, la efectividad de las cotizaciones que a su vez hacen parte del pilar necesario de causación del derecho pensional. iv) La sentencia no analizó la infracción a la luz de los derechos adquiridos y su incidencia en aplicar la exégesis del literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

⁵¹ Sentencias estudiadas en el numeral 1.2 Parte I del Capítulo II de esta obra.

mecanismo de homologación del tiempo laborado, presentándose disparidad, únicamente, sobre este aspecto⁵².

1.3.3 Tesis del Consejo de Estado.

Como se vio en el capítulo I de esta investigación, la asunción de las contingencias para los riesgos de invalidez, vejez o muerte fue escalonada según la capacidad y las posibilidades de los seguros sociales obligatorios, derivado de la filosofía que imprimió el legislador para la materia. Entonces, es necesario analizar brevemente la legalidad de la Resolución 3296 del 2 de agosto de 1990, estudiada por el Consejo de Estado⁵³ a través de la acción⁵⁴ de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por las organizaciones sindicales de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante⁵⁵.

En la citada acción, los demandantes consideraron que la decisión de llamar a inscripción y afiliación al empleador marítimo por el director del ISS, sin la aprobación del Consejo Directivo, era ilegítima, pues la competencia restringida en estos temas forzaba la aprobación de la Junta Administradora y que, en todo caso, la medida de asumir las contingencias de los empleadores marítimos se tornaba desfavorable frente a la convención colectiva de trabajo existente al interior de la empresa, aspectos obviados por el instituto al momento de expedir el acto administrativo que extendió la cobertura para este tipo de actividades.

Al resolver la acción, el Consejo de Estado consideró que la asunción de los riesgos IVM se caracterizaron por un desarrollo gradual y progresivo en cabeza

⁵² Se pueden consultar las sentencias T-543 de 2015, T-665 de 2015, T-014 de 2016, T-194 de 2017, T-207A de 2018 y T-337 de 2018.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. (20 de febrero de 1997). Radicación 5462 [C.P. Silvio Escudero Castro].

⁵⁴ Hoy denominado medio de control, de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁵⁵ Unión de Marineros Mercantes de Colombia (Unimar) y la Asociación Nacional de Oficiales de la Marina Mercante de Colombia (Asomec).

del ISS, pues debía analizar aspectos técnicos y operativos de entrada en vigencia para los seguros sociales obligatorios, así como la zona geográfica o la actividad patronal, tan es así, que para los trabajadores marítimos fue suspendido el acto de inscripción y llamamiento en diferentes oportunidades⁵⁶.

Con lo anterior, la corporación concluyó que la decisión del director del ISS no requería la autorización o aval del consejo directivo, pues tal decisión se soportó en la interpretación del Decreto 1650 de 1977 y el Acuerdo 257 de 1967. Sumado a esto, tal mandato administrativo no generaba regresividad de las prerrogativas convencionales, pues, al ser estos simples expectativas o derechos en construcción para su reconocimiento, consideró que los seguros sociales obligatorios (SSO) son: “Catalogados como un servicio público esencial (...), que se halla orientado y dirigido por el Estado (...), está inspirada en los principios de utilidad pública, procura el bien colectivo y su interés se cifra en el bienestar de la comunidad en general”. La providencia concluyó: “En ese orden no resulta aceptable la solicitud de anulación (...), por considerarlo contrario a los intereses de particulares consagrado en una convención colectiva” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sent. Rad. 5462, 1997).

Una vez determinada la legalidad de la Resolución 3296 de 1990, se revisará si el Consejo de Estado ha tenido en cuenta las características de los SSO y, a partir de allí, ha respetado su propio criterio, en especial por conocer del asunto, al actuar como juez constitucional.

Sobre el particular, esta corporación ha sostenido dos criterios: el primero, relacionado con la *improcedencia de la acción de tutela* para obtener el reconocimiento de derechos prestacionales o derivados de la seguridad social (Consejo de Estado, Sala Plena, Sent. Exp. 66001-23-31-0002000-09441-01,

⁵⁶ Resolución 3951 del 1º de septiembre de 1982, suspendida por la Resolución 3042 del 15 de noviembre de 1982. La Resolución 7192 del 12 de septiembre de 1985 derogó las resoluciones 1769 y 4398 de 1985, por ausencia de capacidad administrativa y operativa de la actividad marítima.

2000), justificado en la existencia de otros mecanismos de defensa judicial propios del juez natural (Consejo de Estado, Sala Plena, Sent. Exp. 17001-23-31-000-2000-10445-01, 2000). Superada esta postura, a partir del fallo de la sentencia hito del 7 de diciembre de 2011⁵⁷, el consejo sostiene el segundo criterio, de la *responsabilidad patronal* por tiempos laborados y no cotizados, debido a la ausencia de cobertura por el ISS, a través del esquema de financiamiento por bono pensional, con algunas variables que se expondrán en el desarrollo de este numeral, sin que en ningún caso se advierta la *ratio decidendi* de la Sentencia, Radicación 5462, de 1997, con la cual se analizó la filosofía de los seguros sociales obligatorios.

Retomando las tesis sostenidas en el tiempo por la máxima instancia de lo contencioso administrativo, con la aplicación de la segunda postura derivada de la sentencia fundadora, se sostuvo que el reconocimiento del bono pensional para el caso concreto del accionante era particular, pues el extrabajador tuvo que solicitar el título pensional anticipadamente para que fuera reconocido en las obligaciones laborales del empleador en etapa concursal, pero en especial, porque el extrabajador no se adecuaba a la hipótesis del párrafo 1º del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo que a juicio de la Sala activaba el principio de favorabilidad en la aplicación de las fuentes formales del derecho en beneficio del trabajador, arrojando que el tiempo laborado para efectos pensionales no puede estar condicionado a la vigencia del contrato de trabajo al 23 de diciembre de 1993, ya que implícitamente constituiría desconocer el derecho a la seguridad social.

Cabe señalar que la anterior postura está vigente pero con algunas variables, consistentes en el mecanismo de habilitación pensional, donde se expone como argumento central que la única hipótesis para liberar al empleador jubilante de sus

⁵⁷ Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena (7 de diciembre de 2011). Sentencia S/R [C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila].

obligaciones pensionales, antes de la Ley 100 de 1993, es con el pago de las cotizaciones por el tiempo laborado bajo el *aprovisionamiento* que debió realizar el patrono con ocasión a la naturaleza de los SSO y la interpretación del artículo 72 de la Ley 90 de 1946⁵⁸.

También es menester señalar que si bien estas decisiones acogen la *ratio decidendi* de la Sentencia T-674 de 2012, su parte resolutive enmarca diferentes órdenes: i) la naturaleza del amparo concedido, bien sea como mecanismo transitorio para los sujetos de especial protección del Estado o definitivo, para aquellos extrabajadores que se encuentran incursos en una enfermedad catastrófica o pobreza extrema comprobada en el trámite de amparo; ii) las medidas tomadas en sede constitucional ordenan inicialmente el pago de un bono pensional y posteriormente del cálculo actuarial; iii) los derechos protegidos, como el derecho a la igualdad y el innominado mínimo vital y iv) la imposición *ex officio* de la medida definitiva cuando, a pesar de encontrarse acreditada alguna circunstancia de protección constitucional, el *a quo* guarda silencio.

En la sentencia del 19 de enero de 2012, radicación 25000-23-15-000-2011-0233-01 (AC), se ordenó el pago del cálculo actuarial para el reconocimiento de un bono pensional al accionante, sin entrar a ahondar sobre los extremos de la relación de trabajo, la ausencia de cobertura por el ISS para el empleador marítimo y la vigencia del contrato laboral al 23 de diciembre de 1993, lo que a todas luces constituye una verdadera ligereza en la decisión y un desconocimiento en la implementación y el desarrollo histórico de los SSO en Colombia.

Mediante la sentencia 11001-33-35-007-2013-00627-01 AC, el Consejo de Estado examinó la importancia del derecho a la seguridad social con un enfoque dual: i) como derecho fundamental y ii) como servicio público, lo que denota la

⁵⁸ Se pueden consultar las sentencias del 19 de julio de 2017, radicación 25000-23-42-000-2016-05641-01(AC); 26 de mayo de 2016, radicación 25000-23-41-000-2016-00393-01 (AC), y 12 de mayo de 2016, radicación 25000-23-36-000-2016-00265-01 (AC).

característica de *justiciabilidad* para exigir la protección a la jurisdicción; pero, más allá de rogar la aplicación del compendio normativo interno, se puede acudir a instrumentos internacionales o al bloque de constitucionalidad a efectos de obtener una protección efectiva de tal derecho.

Sobre la noción del cálculo actuarial, el alto tribunal adujo su característica económica para participar en la formación del derecho pensional, reflejada en la historia pensional del trabajador. Se extrae que, en últimas, esta constituye el instrumento para que el trabajador pueda acceder a la pensión de vejez y “de allí su importancia”, postura inmodificable inclusive en la reciente resolución de un conflicto de competencias entre dos autoridades públicas del 1º de agosto de 2017 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sent. Exp. 11001-03-06-000-2017-00081-00 C, 2017).

Finalmente, concluye que, si bien no existía para la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM) la obligación de afiliación, sí se encontraba incurso en el deber de aprovisionar el capital necesario para satisfacer el tiempo laborado por los extrabajadores, tal como se determinó en la Sentencia T-674 de 2012.

1.3.4 La jurisprudencia sobre el pago de aportes ante la ausencia de cobertura *¿Un ejemplo manifiesto de activismo judicial?*

Una de las características en la aplicación del derecho occidental es la utilización por parte de los jueces de las fuentes formales del derecho, principalmente de la ley en sentido amplio⁵⁹, donde por regla general la jurisprudencia es un criterio auxiliar en la actividad judicial, tal como lo dispone la Constitución colombiana.

⁵⁹ Según los artículos 53, 93, 94 y 230 de la Constitución Política de 1991 también es fuente formal de derecho la legislación internacional sobre derechos humanos que hacen parte de la carta y los que no versen sobre estos, hacen parte de la legislación interna o *bloque de legalidad*.

Es posible señalar sin temor a equívocos, que las fuentes formales en el sistema jurídico interno han tenido una modificación implícita por parte de las altas cortes, que al argumentar sus fallos acuden a decisiones pretéritas o inclusive modifican o revalúan bruscamente su postura en determinado asunto; esto, amparadas en la autonomía e independencia judicial.

Sin embargo, lo anterior no implica que los jueces puedan aplicar el derecho de manera irrazonable, inequitativa y desproporcionada, so pretexto de alcanzar el valor deseable de *justicia*, aun desconociendo las disposiciones legales, la interpretación adecuada y los límites que impone el legislador. Este es el caso de los jueces que actuando como voceros constitucionales o bajo el patrocinio de la carta política, desbordan la discrecionalidad judicial, inclusive del querer del legislador. Lo expuesto radica en que el Congreso, cuando actúa en tal calidad, tiene límites menos restringidos que el juez e imprime sus linderos a la ley y el segundo se encuentra atado a estos, junto con la interpretación sensata para cada proceso particular.

Como se vio anteriormente, para efectos de habilitar el tiempo laborado a favor de trabajadores que presten sus servicios a empleadores encargados del pago de pensiones y ausente de cobertura por el instituto, como es el caso analizado, las reglas de reconocimiento son incontrovertibles por expreso mandato del legislador, esto es, la existencia de una relación de trabajo al 23 de diciembre de 1993 o que se inicie con posterioridad a la vigencia del SGP, condiciones que, como se analizaron en numerales anteriores, son inobservados en la actualidad por todas las cortes colombianas, pero con el agravante de imponer toda la carga pecuniaria al empleador, causando desconfianza en las instituciones, desincentivando el derecho de empresa y, de paso, poniendo en discusión el principio de seguridad jurídica, propio del Estado de derecho.

De este sencillo querer legal, en cuanto a los mecanismos de habilitación pensional contenidos en la Ley 100 de 1993, no se podría hablar entonces de *discrecionalidad judicial* en las decisiones que imponen el pago del cálculo actuarial a cargo del empleador marítimo, pues, para que pueda predicarse en la aplicación del derecho tal discrecionalidad, debe mediar una “textura abierta del lenguaje e indeterminación del derecho” (Ossa H., 2015, p. 15) y una zona de penumbra, o por lo menos gris, que dificulte la escogencia de la premisa mayor o texto legal a emplear por los jueces, que conlleve entonces a la dificultad en el proceso de interpretación.

Tampoco se podría hablar de un juicio de ponderación en las sentencias sobre la materia, ya que “no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional” (Ossa H., 2015, p. 18). De lo anterior, se tiene que, las decisiones que se aparten de los postulados básicos y limitados por el legislador o estén ausentes de prudencia y razonabilidad, se aproximan al *derecho judicial* y se distancian del *derecho legal*, lo que podría conllevar a la arbitrariedad jurisdiccional. (Fernández Segado, citado por Ossa H., 2015). En este contexto, no puede predicarse que las decisiones objeto de censura sobre el tema de estudio, se califiquen como *garantismo judicial*, sino como un acercamiento al *activismo judicial*, expresiones en el uso del derecho que resultan anacrónicos para la disciplina.

En respaldo de lo anterior, David Salvador López S. (2010) sostiene que el activismo judicial es el protagonismo del juez como limitador de los poderes públicos y donde las decisiones judiciales son creadoras de derecho para proteger a determinados grupos sociales, inclusive por las amplias competencias y facultades para encontrar la verdad. Otros estudiosos, como Saffon y García (2011), han analizado el activismo judicial desde una mirada empírica de los derechos sociales, cuya protección radica en su posicionamiento en el texto

constitucional, como en el caso colombiano, a través de una carta *aspiracional*⁶⁰, cuando la actividad judicial se involucra en las competencias del legislativo y el ejecutivo, pero con destinación a un sujeto obligado, el Estado, con el avance progresista y de tendencia en el tiempo, para trasladar a los particulares diferentes cargas pecuniarias para la satisfacción de los derechos reconocidos por vía de extensión hermenéutica buscando producir transformaciones sociales estructurales (Saffon y García, 2011).

Para la autora Mônia Clarissa Hennig L. (2012), el activismo judicial consiste en la violación del principio democrático de separación de poderes, pues constituye la intromisión de la autoridad judicial en las competencias del Congreso, mutando su actividad a un *legislador negativo* (Hennig L., 2012, p. 432), conllevando a una interpretación extensiva y desproporcionada de la Constitución.

Marco Feoli V., por su parte, afirma que el activismo judicial, también denominado *expansión de la judicatura* (Feoli V., 2015), consiste en el desmantelamiento del apego judicial a la ley por el incursionismo a otras esferas del sistema democrático, como las competencias de otros poderes del Estado, con fundamentado en la interpretación de la ley, que originariamente no contempla su literalidad, generando decisiones *radiales*, que se distancian de los conceptos y métodos interpretativos clásicos del derecho, y que expanden el alcance de un derecho que no está inmerso en la ley.

En resumen, se comparte la postura de Manuel Atienza R. (2013), quien califica el activismo judicial como la aplicación irrazonable del derecho, carente de razón, en cuyo caso el juez “dedica gran cantidad de tiempo y energía a elaborar una interpretación jurídica a la que en principio le parece mejor” (p. 85), lo cual se refleja en el caso de la jurisprudencia nacional, que al olvidar los supuestos de

⁶⁰ De acuerdo con los autores, la *Constitución aspiracional* es aquella que busca un alto margen de protección a los derechos sociales, pero presenta serias dificultades que imposibilitan verdaderos cambios sociales, por desconocer la realidad social, política y económica que implica su garantía efectiva.

hecho en la imposición del cálculo actuarial para aquellos trabajadores que culminaron su contrato de trabajo con la CIFM antes del 23 de diciembre de 1993, constituye una medida desequilibrada e irrazonable a la luz del derecho a la libertad de empresa, que afecta el patrimonio del sujeto obligado de pago y, de paso, omite evaluar a quienes corresponde concurrir para la satisfacción del derecho irrenunciable a la seguridad social.

1.4 LAS NIT COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO PARA RESOLVER LA PROBLEMÁTICA DE LOS TRABAJADORES MARÍTIMOS, DENTRO DE UN MARGEN RAZONABLE DE INTERPRETACIÓN

Referente a las normas internacionales del trabajo (NIT), no puede desconocerse que, al resolver acciones que pretenden la habilitación del tiempo laborado por ausencia de cobertura a cargo integral del empleador, las altas cortes han acogido instrumentos internacionales, en virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política y el denominado *bloque de constitucionalidad*⁶¹. El disenso de esta investigación no se centra en la escogencia de la premisa mayor por parte de los jueces en relación con la naturaleza de derecho humano de la seguridad social, la cual es más robusta, sino en la transcripción simplemente retórica, de interpretación desproporcionada e imposición objetiva al empleador, partiendo del concepto absoluto del derecho, ausente de un estudio para el caso colombiano.

Así pues, se resalta la importancia del análisis sobre seguridad social y sus problemáticas realizado por Melik Özden (2014) en dos escenarios a saber: bajo la óptica de las NIT y las implicaciones de incorporar este derecho social.

⁶¹ A título de ejemplo: la Carta Constitutiva de la OIT; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Carta de la OEA; la Convención Americana de los Derechos Humanos; el Protocolo de San Salvador y el Código Iberoamericano de Seguridad Social.

En el primer escenario, refiere el autor, las normas internacionales o regionales respaldan la protección social⁶², inclusive desde la perspectiva de la propiedad privada. En relación con el segundo escenario, emergen las obligaciones de los Estados por acoger las NIT y poner en práctica la seguridad social. Cobran relevancia, para los fines de este trabajo, las consistentes en *proteger* al mayor número de beneficiarios, mediante la *puesta en práctica* de las medidas necesarias por parte de los poderes públicos que aseguren el “disfrute de este derecho a todo el mundo” (Özden, 2014, p. 18).

Asimismo, son relevantes los *medios* y *recursos* utilizados para implementar normas sobre seguridad social, pues la imposibilidad física, administrativa, técnica o presupuestal no puede ser óbice para causar abstención o retardo en la adopción de estas tutelas, ya que cada Estado debe “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales. Por lo tanto, un Estado al que le falten medios y recursos puede solicitar la solidaridad internacional (...)” (Özden, 2014, p. 20). Lo anterior resulta lógico, pues existe enorme distinción entre insuficiencia y renuencia Estatal por cumplir los compromisos relacionados con la seguridad social, que pueden solventarse con la ayuda y cooperación externa.

Todo lo anterior significa que se está ante un derecho humano y a su vez fundamental, propio del caso colombiano, frente al que resulta elemental la reflexión hecha sobre los derechos fundamentales en cuanto a su carácter absoluto o relativo. Miguel Canessa M. (2014) expone la restricción o los límites a

⁶² Tales como: la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo de 1994, la Recomendaciones 67, 69 y 202 de la OIT, la Convención 102 de la OIT, la Declaración sobre justicia social para una globalización equitativa, la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, la doctrina del Comité de la ONU sobre los DESC (CODESC), y de la Experta Independiente de la ONU encargada de los derechos humanos y la extrema pobreza, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de San Salvador, la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Social Europea, la Carta Africana de los derechos del hombre y de los Pueblos y el Protocolo a la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos sobre los derechos de las mujeres en África.

ciertos derechos fundamentales del trabajo, pues: “Un derecho no puede tener un ámbito de aplicación superior al de su propio contenido” (p. 63), ya que se encuentra reservado a grupo específico⁶³, so pena de caos jurídico y constante tensión con otros derechos fundamentales, lo que conlleva a que en ciertos contextos se garantice este derecho de raigambre constitucional, sin el menoscabo de su núcleo esencial, como en el tema en cuestión, tendiente a garantizar la seguridad social del trabajador y no lesionar diferentes bienes jurídicos del empleador.

En la misma línea, el Centro de Investigación Laboral de la Universidad Externado de Colombia (CILA) sostiene que las responsabilidades del Estado al acoger un esquema de seguridad social deriva en obligaciones de las autoridades públicas y de los particulares. Sobre las medidas por parte del Estado se puede resumir: en cabeza del ejecutivo: establecer programas, metas y plazos definibles o ciertos para hacer efectivo el sistema de seguros sociales obligatorios (hoy Sistema General de Pensiones -SGP-); a cargo del Congreso: expedir la normativa necesaria que cuente con suficiente claridad y con límites para su interpretación y aplicación; y por el poder judicial: el reconocimiento efectivo de los derechos establecidos y adaptados razonablemente bajo límites legales, tal como señalan los artículos 4º y 230 de la Constitución Política.

De otro lado, en relación con las obligaciones de los particulares, estas surgen de su condición como miembros del conglomerado social, su sometimiento a la ley y la Constitución, que incluye a su vez los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que, interpretándolo al caso del empleador marítimo, consiste en garantizar la protección necesaria y equitativa en relación con la seguridad social, que evite la tensión con el derecho de empresa y la función social respaldados en la carta política.

⁶³ Para el profesor Canessa Montejo, el contenido absoluto de un derecho se refiere restringidamente a la no privación de la vida, la protección contra la tortura y la presunción de inocencia, entre otras garantías fundamentales.

En síntesis, no basta incorporar un robusto contenido normativo en las decisiones judiciales, incluyendo las normas internacionales del trabajo (NIT), si al resolver la controversia planteada no se acompasa a la realidad interna, que lleve a determinar la responsabilidad de los sujetos de la relación de trabajo ligada con la conducta del Estado, partiendo de la adopción de los SSO, tales como el análisis que lleve a determinar que el Estado dispuso de todas las medidas suficientes y necesarias para salvaguardar el derecho a la seguridad social del personal del mar y la existencia de un plan de trabajo coordinado con todas las autoridades públicas en el tiempo, tendientes a no superar el plazo razonable de implementación, que implícitamente lo hicieran nugatorio.

1.5 SOLUCIONES ALTERNATIVAS PARA GARANTIZAR EL DERECHO IRRENUNCIABLE A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MARÍTIMOS

Una vez desarrollada la investigación sobre la importancia de la seguridad social, en esta monografía es indiscutible su carácter irrenunciable e indisponible, aun por las dificultades de aplicación de los seguros sociales obligatorios (SSO) en Colombia, incluyendo, claro está, la ausencia de cobertura para la actividad marítima, pues de no pensar así se perdería el carácter protectorio de las normas sociales y se eludiría un derecho inherente al trabajo subordinado.

En vista de que la finalidad principal de este trabajo consiste en determinar el grado de responsabilidad patronal por el pago de aportes pensionales en el periodo ausente de cobertura, no se puede desligar que entre la creación del ICSS y la aplicación de los SSO existieron cargas pensionales en cabeza del empleador. Ejemplo de ello es la Ley 6 de 1945, junto con su reglamentación, y los

artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo (CST)⁶⁴. Sin embargo, se propone la siguiente interpretación sobre el articulado de la Ley 90 de 1946, que disponen expresamente:

Artículo 72. Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. 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 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.

De lo anterior se desprende razonablemente para efectos hermenéuticos, que:

1. El naciente sistema de SSO ratificó el pago de la pensión de jubilación a cargo del empleador, bajo el cumplimiento de los requisitos legales.
2. Se dispuso una subrogación paulatina del riesgo pensional, con una condición de eficacia, relacionada con el pago del aporte patronal para cada caso, que debiendo ser fijado, nunca fue señalado por el ICSS.
3. Cumplido lo anterior, iniciaba la subrogación de los riesgos de IVM perdiendo efecto total o parcial las disposiciones patronales, esto, por la entrada en operación de los seguros sociales obligatorios.

⁶⁴ Hoy derogados por la Ley 100 de 1993.

4. Tratándose del riesgo de vejez, este suple el riesgo jubilatorio o patronal establecido en la ley, siempre que el empleador ahorre para trasladar a futuro las contingencias pensionales o desplazar proporcionalmente los aportes por el tiempo servido, bajo el supuesto de que el trabajador no disfrutara la pensión de jubilación, todo, cuando la entidad aseguradora las subrogara.
5. Lo anterior significa que si bien el ahorro jubilatorio no fue definido expresamente en la ley, sí previno un eventual traslado mediante el instrumento o cuota a determinar por los SSO, pero como este no fue establecido en el tiempo para el empleador marítimo, ni ningún otro, el esquema de financiación por el tiempo laborado entre la creación y la subrogación del riesgo pensional por el ICSS, corresponde a la cuota proporcional si ostentara la condición de empleador cubierto por el sistema, equivalente a la cotización.

A partir de la interpretación propuesta, se considera que el empleador marítimo, desde la creación y entrada en operación de los SSO y el llamado de inscripción del personal, debía ahorrar⁶⁵ para el traslado del riesgo pensional, por la forma o vocación del sistema, a través del único instrumento de habilitación existente de la época, esto es, la cotización, porque la obligación empresarial se ciñe estrictamente a su participación a prorrata del ingreso base de cotización, sin que en ningún efecto se pueda catalogar la conducta del empleador carente de cobertura como omiso o negligente, pues contraviene la filosofía y, consecuente, la aplicación progresiva de los seguros sociales obligatorios.

Adicionalmente, se observa que entre el 1º de enero de 1967 y el 21 de septiembre de 1973 la cotización se fundó en el aporte tripartita, esto es, empleador, trabajador y Estado. En pocas palabras, si la reclamación judicial se

⁶⁵ Para efectos de esta investigación, lo denominamos *deber de ahorro*.

incorporara dentro de esta calenda, la jurisdicción deberá integrar el contradictorio y ordenar el pago del porcentaje a su cargo.

En igual condición deberá proceder el trabajador, indistintamente de la fecha carente de cobertura, a efectos de participar en la construcción del derecho pensional y del principio de solidaridad, pues no existen reportes documentales en los cuales se constate que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante hubiera deducido el porcentaje para aportes a pensión con destino al ICSS, ya que, al no existir cobertura, la retención del salario era ilegal, generando reclamación de indemnizaciones moratorias, patrocinadas por las organizaciones sindicales preferentes del sistema convencional en materia de jubilación; pero, adicionalmente, porque imponer el pago integral de la cotización al empleador excede la función social de la empresa.

Ahora bien, como entre las fechas en que se implementaron los SSO y el 15 de agosto de 1990, fecha a partir de la cual nace la obligación de afiliación al Instituto de Seguros Sociales (ISS), las cotizaciones han perdido poder adquisitivo, cada una de las partes del contrato laboral e inclusive el Estado, cuando tenga la obligación, deberán concurrir en el porcentaje respectivo del ingreso base de cotización para garantizar el traslado del valor indexado del aporte a las administradoras del Sistema General de Pensiones.

Con las reglas descritas, el investigador considera, se acompasa equitativamente el derecho a la seguridad social del trabajador del mar, con los bienes jurídicos de empresa ya analizados, en los cuales la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM) fundó una postura inicial de indemnidad patronal, resaltando que no es procedente la habilitación del tiempo de servicios sin vigencia de la relación laboral al 23 de diciembre de 1993 mediante cálculos actuariales o bonos pensionales, según el régimen pensional al que pertenezca el afiliado, en primer lugar por expreso mandato del legislador. De otro lado, porque desde la creación

del Seguro Social Obligatorio y el SGP el único instrumento válido de habilitación para fines pensionales, es la cotización y no otro, so pena de la aplicación retroactiva de la ley y el quebrantamiento de situaciones jurídicas consolidadas, proscritas del ordenamiento legal.

Finalmente, tampoco puede cuestionarse que el pago de la cotización actualizada por los sujetos obligados de concurrir en su satisfacción, atente contra la sostenibilidad financiera del sistema, pues el pago propuesto en esta investigación se atiene al instrumento de habilitación pensional descrito en la ley para este periodo y, adicionalmente, porque con ella es habitual la causación de las prestaciones del sistema pensional, respaldadas con el cumplimiento de los requisitos legales.

PARTE II: RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA LIQUIDACIÓN DE LA CIFM Y REPARACIÓN ADMINISTRATIVA POR LA ASUNCIÓN TARDÍA DE LOS RIESGOS PENSIONALES

Un hecho que dificulta la reclamación del tiempo laborado ausente de cobertura para efectos pensionales por extrabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM) es el proceso de liquidación culminado en el año 2012; por esto, se hace necesario desarrollar y complementar lo expuesto en la parte II del capítulo I, para determinar el sujeto obligado ante la extinción del patrono naviero, bajo las condiciones propuestas que garanticen el derecho a la seguridad social.

En la situación descrita, se deben diagnosticar las condiciones de orden jurídico, que trasladan a la matriz y controlante de la liquidada CIFM la responsabilidad proporcional en materia pensional, pues es inane concluir obligaciones económicas a cargo de las partes del contrato laboral, y excepcionalmente del Estado, si con la extinción jurídica del empleador conllevara a perder cualquier reclamación.

Por último, bajo un estudio flexible de la teoría general de responsabilidad Estatal, se propondrán los hechos generadores de incumplimiento ante los compromisos adquiridos por el Estado, incluyendo las autoridades involucradas en la adopción seria y responsable de los seguros sociales obligatorios, detallando el medio de control, la legitimidad en la causa por la empresa o en cabeza de la matriz y, con ello, hacer procedente la reparación administrativa.

2.1 ANTECEDENTES Y CULMINACIÓN DE LA CIFM

Como se expuso en numerales anteriores, la situación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM) presentó serias dificultades, que dieron lugar a su liquidación. Puntualmente, esta inició con la intervención por control de

la Superintendencia de Sociedades, a partir de febrero de 1997, debido a la precaria situación económica que conllevó el incumplimiento reiterado de obligaciones civiles, laborales, fiscales y en especial pensionales, solventadas en principio con *operaciones REPO* con la Federación Nacional de Cafeteros (FNC), que no cumplieron la finalidad esperada.

Mediante Auto 411-11731 del 31 de julio de 2000⁶⁶, se decretó la liquidación obligatoria de la CIFM, precedida de un déficit operacional del 88%, en relación con la totalidad de activos, correspondiendo un pasivo del 75% a pensiones de jubilación, para lo cual se constituyó un patrimonio autónomo de pensiones que, inclusive antes de culminar el trámite concursal, no tuvo recursos para el pago de mesadas⁶⁷.

También fue autorizada por el ISS, y confirmada por el Ministerio del Trabajo, la conmutación pensional de los jubilados⁶⁸; pero, debido a la insolvencia del empleador, no pudo ser aplicada, generando el impago de mesadas pensionales, que originó la expedición de diversas sentencias por la Corte Constitucional⁶⁹, en donde se ordenó agilizar el proceso de conmutación pensional y el pago inmediato de mesadas pensionales, eventos que no ocurrieron.

Fue a través del Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012⁷⁰ que el juez del concurso aprobó la rendición de cuentas y decretó la terminación del proceso de liquidación obligatorio de la CIFM, que finalizó a partir del 18 de diciembre de 2012, fecha en la cual se resolvieron todos los recursos interpuestos.

⁶⁶ Colombia. Superintendencia de Sociedades, Auto 411-11731 del 31 de julio de 2000.

⁶⁷ De la Superintendencia de Sociedades.

⁶⁸ Según el Auto 411-11731 de 2000 de la Superintendencia de Sociedades, a esta fecha eran 664 jubilados.

⁶⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-339 de 1997; T-534 de 1998; T-168 de 2000 y T-297 de 2000

⁷⁰ En complemento se profirieron el Auto 400-016211 del 22 de noviembre de 2012, mediante el cual se resolvieron los recursos contra el Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, y el Auto 400-017782 del 18 de diciembre de 2012, todos proferidos por la Superintendencia de Sociedades, que culminó el proceso de liquidación obligatoria de la CIFIM (Compañía de Inversiones de la Flota Mercante).

En otras palabras, el punto angular que dio origen a la extinción del empleador marítimo fue el desproporcionado pasivo jubilatorio, precedido en la deficiente administración por parte del empleador y su accionista mayoritario, sumado al desmonte de la reserva de carga⁷¹ y el debilitamiento del transporte marítimo, que en su conjunto trazaron un camino ineludible, la extinción de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

2.2 RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA MATRIZ Y CONTROLANTE DE LA CIFM

En resumen, la Superintendencia de Sociedades define la condición de subordinación en materia societaria, cuando “una entidad matriz o controlante someta a su voluntad el poder de decisión de una sociedad” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2008)⁷². Incluso, la Ley 222 de 1995, modificatoria del Código de Comercio, ubica la presunción de subordinación cuando el capital de una sociedad supera el 50% en cabeza de otra, sin perjuicio de las demás causales descritas en la ley.

Sobre la responsabilidad de la matriz, la cual es únicamente económica, la ley presume su ocurrencia en que por causa o con ocasión de sus actuaciones dé lugar al concurso o liquidación de la subordinada, con la consecuencia de responder subsidiariamente, salvo que acredite que el infortunio de la filial obedeció por causas ajenas a su voluntad⁷³.

⁷¹ Ver nota a pie 28, en donde se hace alusión a este concepto.

⁷² En su Boletín Jurídico 12 (enero-febrero de 2008), la Superintendencia Financiera de Colombia incluye el pronunciamiento contenido en el Oficio 220-057365 del 3 de diciembre de 2007 de la Superintendencia de Sociedades bajo el título “Entidad controlante, Subordinación, Estados Financieros, Responsabilidad de la matriz” (Superintendencia Financiera de Colombia).

⁷³ Dispone la referida norma: “*Parágrafo*. Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. *Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las*

A partir de lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, actuando como juez del concurso en la liquidación obligatoria de la CIFM, consignó la presunción *iuris tantum* a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros (FNC), debido al incumplimiento sistemático en el pago de mesadas pensionales. En la Sentencia SU-1023 de 2001, la Corte Constitucional analizó la gestión del contrato de administración celebrado entre la FNC y el Gobierno nacional para afectar transitoriamente los recursos parafiscales del Fondo Nacional del Café, precedido por los programas de inversión que originaron la condición de accionista mayoritario de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

La corporación ordenó con efecto *inter comunis* y carácter transitorio para que, en la medida en que no contara con los recursos suficientes, la CIFM provea por intermedio de la Federación Nacional de Cafeteros, como propietaria del 80% de las acciones y la inscripción de controlante ante la Cámara de Comercio de Bogotá, suministrar los recursos para el cumplimiento de esta obligación social, mientras la jurisdicción ordinaria se pronuncia sobre la responsabilidad contenida en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995⁷⁴, proceso judicial que en la actualidad fue fallado en contra de la FNC y que está pendiente de resolver el recurso extraordinario de casación.

Lo expuesto significa que, actualmente, la presunción de insolvencia y liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM) da lugar a la responsabilidad subsidiaria del accionista mayoritario en el tiempo, desde el decreto del proceso liquidatorio y hasta que la justicia ordinaria defina la materia, lo que genera una garantía para el personal marítimo que equilibra sus acreencias con la situación del deudor y la matriz como responsable subsidiario, en aras de

actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente”.

⁷⁴ Hoy derogado, pero transcrito en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.

obtener la habilitación del tiempo laborado con antelación al Sistema General de Pensiones.

2.3 TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN COLOMBIA

Juan Ángel Palacio H. (2017), acertadamente, sostiene que la actividad estatal se centra en mecanismos de acción o abstención para la consecución efectiva de sus fines. No obstante, la soberanía del Estado conlleva a enmarcar su actuación dentro de los límites de la legalidad y la responsabilidad, el primero, ciñéndose a la ley y la Constitución y el segundo, en la obligación de “indemnizar al perjudicado cuando su actuación no se ajusta a la legalidad o cuando a pesar de estarlo, con ella se causa un perjuicio” (p. 376).

Compartiendo la postura de Libardo Rodríguez R., la responsabilidad administrativa contenida en el artículo 90 de la Constitución Política surge del principio del derecho “todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo” (2017, p. 303) que, incorporado en la ley contenciosa, produce la reparación civil.

Sin embargo, la trascendencia del tema acarrea que el sujeto obligado de ciertas conductas, es decir, las autoridades públicas, deriven a partir de parámetros de responsabilidad subjetiva y excepcionalmente, objetiva o de *pleno derecho* (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, citados por Rodríguez R., 2017), siempre que medie el trípede de responsabilidad como: la conducta de la administración, el daño o perjuicio antijurídico que el ciudadano u otro no deba soportar y el nexo causal entre el daño y la conducta administrativa.

La conducta de la administración se refleja con actos, hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones (Rodríguez R., 2017), aspectos en los que no se profundizará por distanciarse del objeto central de esta investigación. Lo que sí se concluye es que la conducta estatal, en sus diversas modalidades, debe estar

relacionada a la existencia de un daño causado irregularmente⁷⁵, ya que es usual su materialización en la conducta administrativa, pero no siempre susceptible de censura.

El daño o perjuicio es la lesión a un derecho ajeno, pero tratándose de este tipo de responsabilidad debe caracterizarse por ser: a) cierto, real, presente o futuro existente; b) especial, por causarse a un sujeto o personas determinadas; c) anormal, superando los problemas inherentes y propios en la prestación de un servicio; d) generado en un bien jurídico protegido, pues al actuar contra derecho, conlleva a la asunción del riesgo respectivo y e) la ausencia de un deber jurídico razonable por parte del sujeto para soportarlo.

Por nexo causal se entiende la relación entre la conducta administrativa y el perjuicio, caracterizada por la determinación, aptitud e idoneidad de haber sido causante del daño. Finalmente, y continuando con la paráfrasis a la obra del profesor Rodríguez R. (2017), se considera que, en el evento de generarse un daño reparable y medie el concurso de varias autoridades públicas, la responsabilidad debe dirigirse en proporción a “la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño” (2017, p. 312).

2.3.1 Responsabilidad estatal por la admisión tardía de los riesgos pensionales del empleador marítimo.

La intención de este aparte es proponer los hechos u omisiones enmarcadas dentro de la actuación estatal, así como las entidades que, según esta investigación, originan y concursan en la satisfacción de reparación administrativa.

⁷⁵ Según la doctrina francesa, se refleja en falta, falla en el servicio o culpa administrativa, cuando el servicio público a cargo de la Administración no ha funcionado, es deficiente o es prestado tardíamente (André De Laubadère e Yves Gaudemet, citados por Rodríguez R., 2017).

Compromete la responsabilidad estatal de la Rama Ejecutiva, al no haber adoptado todas las medidas suficientes para incorporar un sistema eficaz de seguros sociales obligatorios (SSO), en especial por la tardanza injustificada en el llamamiento para inscripción y afiliación del personal marítimo, equivalente a cuarenta y tres años, contados entre el establecimiento de la pensión de jubilación a cargo del patrono y la creación del ICSS por veinte años y desde la entrada en vigencia de los SSO y la Resolución 003296 del 2 de agosto de 1990, por la cual se llamó a inscripción a las empresas marítimas, equivalente a veintitrés años, superando con esto el plazo razonable en la progresividad de implementar un derecho social.

Aunado a lo anterior, tampoco se encontró en el desarrollo de esta monografía un programa serio y responsable por el ejecutivo, destinado a acotar el tiempo en la extensión de cobertura para los riesgos pensionales al empleador marítimo, situación que se agravó, cuando tampoco utilizó la cooperación externa en materia económica y territorial para cumplir tales propósitos, a pesar de ser miembro de organismos internacionales, sujetos también con el deber de colaboración.

De igual manera, no existen antecedentes que permitan inferir que bajo la promoción del Gobierno se hayan presentado propuestas legislativas o acudir a la solidaridad internacional para corregir la extensión deficiente de cobertura o, inclusive, se establecieran mecanismos normativos para liberar del riesgo pensional al empleador marítimo al momento de entrar en vigencia los SSO, a pesar de interpretarse razonablemente de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946.

Por último, se observa que diferentes autoridades públicas, como el Ministerio del Trabajo y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), posteriormente Instituto de Seguros Sociales (ISS), al unísono expidieron diversos conceptos de interpretación sobre la filosofía de los seguros sociales obligatorios, exponiendo la

indemnidad empresarial por aportes pensionales antes del acto de extensión de cobertura, generando con ello la convicción invencible al patrono del mar sobre su irresponsabilidad, lo que en suma consiste en lesionar los principios analizados en esta investigación.

Involucra también la responsabilidad administrativa del legislativo, al no haber promovido la regulación pertinente para extender la cobertura de actividades especiales, como fue la marítima. Tampoco se adoptaron medidas legales para hacer efectivo el traslado del riesgo pensional para aquellos trabajadores regulados con la obligación del pago de prestaciones jubilatorias a cargo del empleador y que no causaron el derecho y homologar tales tiempos con el sistema pensional de los SSO, promoviendo la desprotección y negativa de un derecho inherente al contrato de trabajo, consistente en diversas omisiones legislativas.

En este punto es importante señalar que, si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha planteado la irresponsabilidad en la expedición de leyes, bajo el argumento de la soberanía estatal y las cargas públicas que deben ser soportadas por los destinatarios de la ley; se considera acá que no puede concebirse en la época actual, mediando los principios del Estado Social de Derecho, que el legislativo se escude en sus competencias soberanas para actuar descuidadamente, pues, en este tipo de eventos se causa un *daño especial*, relacionado con la superación de una obligación razonable, “según el cual cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás (...) pero si en un momento dado debe individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar” (Rodríguez L., 2017, p. 330).

Asimismo, emerge responsabilidad estatal de la Rama Judicial, en relación con la determinación de responsabilidad exclusiva en el pago a cargo del empleador por aportes pensionales, mediante onerosos cálculos actuariales por el tiempo

laborado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, y precedida de ausencia de cobertura para riesgos de invalidez, vejez o muerte (IVM) por sus extrabajadores. Es claro que el legislador limitó el ámbito de aplicación a la vigencia del contrato al 23 de diciembre de 1993, no siendo dable al interprete asumir una hermenéutica diferente cuando la disposición normativa es clara.

Aunado a lo anterior, se omite analizar el escalonamiento en la adopción de los SSO en Colombia, incluso, exonerando al Estado cuando medió como parte en la financiación de cotizaciones, vulnerando el debido proceso, el principio de solidaridad para participar en la formación y subvención del tiempo laborado para fines pensionales en cabeza del trabajador y del Estado, así como la confianza legítima, buena fe, legalidad y, por antonomasia, la seguridad jurídica.

Además, la Rama Judicial es generadora de responsabilidad cuando se desconoce por la actual jurisprudencia de las altas cortes, la vinculatoriedad de las sentencias proferidas en acciones públicas de inconstitucionalidad, las cuales, por expreso mandato de los artículo 243 de la Constitución Política y 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, son vinculantes, especialmente cuando las providencias escudriñaron la constitucionalidad del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, original y modificado, contrastando con las conclusiones de imponer el pago de cálculos actuariales bajo el amparo de la Constitución y solución pro operaria de un sustrato común en todas las hipótesis analizadas⁷⁶, contraviniendo el supuesto de hecho consignado en la ley y siendo un claro ejemplo en donde la judicatura actúa como legislador negativo.

No puede pasarse por alto, como se analizó en el numeral 1.3 y en sus respectivos índices del capítulo II, el cambio brusco de jurisprudencia sobre la materia, que pasó, sin un tránsito equitativo que conlleve a la proporcionalidad con la modificación de criterio, vinculado con la inicial irresponsabilidad empresarial a

⁷⁶ Ver numerales 1.3 a 1.3.4 de la parte I del capítulo II de esta investigación.

la actual y desafortunada obligación total y exclusiva en cabeza del empleador, escapando a los supuestos de la norma.

En esta línea de pensamiento, Adriana Giraldo M. y Carlos Fernando Rodríguez R. (2016), bajo el análisis de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, estiman que el precedente serio y consolidado proviene de la certidumbre judicial y, a su vez, en cumplimiento del sistema jurídico por parte de un agente, cuyo cambio no puede afectar estructuralmente las relaciones jurídicas preexistentes, como sucede con una modificación brusca que omite conciliar los intereses en pugna con las personas afectadas de tales decisiones.

Lo expuesto significa, que la ausencia de cautela en el cambio de jurisprudencia causa una tensión de derechos; que, aunque inicialmente, de una lectura frágil, emerjan pequeñas injusticias, en su contenido esencial se trata de grandes atropellos bajo el pretexto del valor de justicia, pero donde uno de los sujetos implicados sale enormemente lesionado. En suma, la pretensión de corrección de la norma, y propender por el valor justicia, no puede ser injusta, inequitativa ni desproporcionada.

Para resolver lo anterior, Giraldo M. y Rodríguez R. (2016) proponen contrastar la justicia con la seguridad jurídica y, mediante reglas de ponderación, establecer, como fue propuesto en esta monografía, una solución ecuánime y acorde con los intereses de las partes, que aplicándola al derecho a la seguridad social no afecte su núcleo esencial. Esto, por cuanto no puede concebirse que, al existir previamente una conducta reiterada por la jurisdicción, se impongan cargas asimétricas sin advertir un tránsito de acomodamiento para enfrentar la nueva posición obligacional.

Es importante señalar que en Colombia predomina el criterio de irresponsabilidad estatal por administrar justicia y, de manera reprochable, como principio absoluto

cuando son decisiones de las altas cortes actuando bajo el poder soberano de la Constitución y la cosa juzgada.

Sin embargo, en el caso planteado no se presenta disenso por estos aspectos, propios en el Estado moderno, sino porque los resultados jurisdiccionales son fruto del error jurisdiccional, cuando media una interpretación irrazonable y extensiva de la ley (Rodríguez R., 2017) o se actúa bajo activismo judicial y la prevalencia de la Constitución, distanciándose del error simple al daño no obligado a soportar, como fuente de responsabilidad.

Para concluir, se considera que la oportunidad para presentar la reclamación administrativa, y con ello su reparación, surge con la sentencia ejecutoriada que imponga el pago al empleador naviero, hoy exigida de manera subsidiaria a la Federación Nacional de Cafeteros (FNC), y que el afectado haya agotado todos los recursos de ley, incluyendo, en criterio de quien investiga, la acción de tutela, ya que su protagonismo incide en la efectividad de la cosa juzgada y restringe la autonomía judicial.

Como medio de control, es clara la pretensión de reparación directa en las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA)⁷⁷, en donde se expongan, por la parte agraviada, los hechos constitutivos de reparo estatal, tendientes a demostrar el daño antijurídico no obligado a soportar y, por las diversas entidades estatales, las justificaciones que mediaron en el menoscabo. En todo caso se sugiere, como reglas de indemnización judicial, atender inicialmente los presupuestos existentes en la jurisprudencia contenciosa, sin perjuicio para pretender y soportar probatoriamente por la Federación Nacional de Cafeteros una reparación superior, según la lesión irrogada por la administración, acudiendo a la doctrina y la reparación integral consignada en la legislación interna.

⁷⁷ Ley 1437 de 2011.

CONCLUSIONES

Una vez realizada esta monografía, es posible concluir:

1. Lo que hoy se conoce como seguridad social, ha tenido un avance axiológico en la historia, que va de la asistencia privada al aseguramiento social, hoy representado en el Sistema General de Pensiones, respaldado por el reclamo colectivo y derivado en mayor parte por la existencia de un contrato de trabajo.
2. La adopción de un modelo de seguridad social en pensiones, incluyendo a Colombia, también tuvo el ascenso anotado, pero a su vez fue un proceso ligero, demostrado con el traslado del riesgo pensional al empleador y asumido lentamente por la entidad de seguros sociales obligatorios, sin planes organizados para extender la cobertura a las actividades especiales como la marítima.
3. Las dificultades en la incorporación de los seguros sociales obligatorios no pueden ser motivo para desconocer un derecho inherente al contrato de trabajo como es la seguridad social, por ello su carácter irrenunciable y exigible en cualquier tiempo, sin que opere la prescripción trienal.
4. A pesar de tener los seguros sociales obligatorios una vocación inicial de aplicación inmediata, su implementación fue progresiva y paulatina para ciertos trabajadores, dejando en suspenso la actividad marítima hasta el acto de llamamiento, esto, por la insuficiencia técnica y administrativa del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Entonces, para unos empleadores surgió una obligación automática de afiliación y cotización y otros continuaron con el pago de pensiones, sin posibilidad de deducción

salarial, ya que la misma no tenía respaldo legal, haciéndose manifiesta la contradicción legal para una situación materialmente análoga.

5. La puerta de acceso al sistema fijada por la ley es la afiliación y cotización como fuente principal y directa de habilitación pensional con anterioridad al Sistema General de Pensiones.
6. Atendiendo el escalonamiento característico en la extensión de cobertura de los seguros sociales obligatorios, el empleador marítimo fundamentó su negativa para no pagar aportes u otro mecanismo de habilitación pensional con amparo en la ley y bajo los principios de buena fe, progresividad y confianza legítima, ya que el sistema y su filosofía consignaron una exoneración en el pago de aportes precedidos por ausencia de cobertura y solamente se consideró obligado al pago de pensiones jubilatorias.
7. A pesar de la conclusión anterior, que inicialmente puede ser válida, bajo la importancia del derecho a la seguridad social, hoy se concluye que no es de recibo, pues la ausencia de cobertura no exonera al empleador de un riesgo pensional propio del trabajo subordinado y desconoce una garantía calificada como derecho humano, contenida en diversos instrumentos internacionales.
8. Para resolver grandes problemas del pasado en materia pensional, se estableció el Sistema General de Pensiones, que fijó los mecanismos de homologación pensional por el tiempo laborado ausente de cobertura, como el cálculo actuarial o los bonos pensionales, según el régimen pensional al que pertenezca el afiliado, bajo la premisa de mediar un empleador encargado del pago de pensiones y la vigencia del contrato al 23 de diciembre de 1993.

9. Los presupuestos consignados por el legislador obedecieron a las características preexistentes de los seguros sociales obligatorios, y no para revivir situaciones jurídicas consolidadas o aplicar retroactivamente la ley, como acertadamente lo consignó la Corte Constitucional, en sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004, analizando la exequibilidad del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y su modificación con la Ley 797 de 2003

10. El empleador no puede exonerarse de las obligaciones pensionales conforme los supuestos analizados, se infiere, bajo la característica de protección al trabajo subordinado, en armonía con una interpretación razonable de las normas internacionales del trabajo y los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, una obligación de ahorro para fines pensionales, pero bajo el esquema existente de los seguros sociales obligatorios y no bajo supuestos sancionatorios y omisivos de la Ley 100 de 1993.

11. La cotización es el único instrumento válido para la homologación pensional en la hipótesis planteada. Por tanto, el empleador, el trabajador y el Estado, según la fecha de la prestación del servicio del segundo, deben concurrir en la satisfacción del aporte indexado, resaltando que el trabajador, por el principio de solidaridad, debe contribuir a la consecución de su derecho pensional.

12. En la actualidad, las altas cortes imponen gravosas obligaciones pensionales a los empleadores (incluyendo la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante) que sostuvieron una relación laboral con antelación a la Ley 100 de 1993, quienes tienen a cargo el pago de pensiones sin la admisión de cobertura, lo que desborda la hipótesis del artículo 33 de esta ley, bajo la excusa de una solución común, desconociendo así los mecanismos de habilitación pensional y apartándose del único instrumento existente entre la creación de los seguros sociales obligatorios y la

extensión de cobertura, cuando concluyen sin existir soporte legal, que el empleador incurre en omisión.

13. La postura actual sobre el pago de aportes con antelación al Sistema General de Pensiones, mediante el pago de títulos o bonos pensionales y cálculos actuariales, es inequitativa, injustificada y desproporcionada, desconoce la filosofía de los Seguros Sociales Obligatorios, desmotiva la inversión y dejar percibir que la judicatura actúa como legislador negativo, poniendo en riesgo la seguridad jurídica.
14. Ante la liquidación del empleador marítimo, la Federación Nacional de Cafeteros, como matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, debe responder transitoriamente por las obligaciones pensionales con antelación al Sistema General de Pensiones, en la proporción y responsabilidad propuesta, ya que se mantiene en el tiempo la presunción de insolvencia y liquidación de la Ley 222 de 1995 y lo ordenado en la Sentencia SU-1023 de 2001 de la Corte Constitucional, hasta tanto, la justicia ordinaria resuelva la responsabilidad subsidiaria de la controlante y que está pendiente de resolverse, pero que cursa ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo la presunción de legalidad y doble acierto.
15. El Estado colombiano, según las reglas de la teoría general de responsabilidad administrativa, debe reparar a Federación Nacional de Cafeteros por el pago de las obligaciones pensionales, la participación deficiente de sus diferentes entidades al implementar los seguros sociales obligatorios, así como por la ausencia de compromiso en la expedición normativa y las cargas desproporcionadas de la jurisprudencia actual, que superan la función social de la empresa y denotan la existencia, para este caso, de simple activismo judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

Acevedo Tarazona, Álvaro (octubre de 2010). “La seguridad social. Historia, marco normativo, principios y vislumbres en un Estado de Derecho en Colombia”. *Anuario de la Historia Regional y de las Fronteras* (15). Universidad Industrial de Santander. pp. 191-204.

Altamira Gigena, Raúl Enrique y Hünicken, Javier (1989). *Manual de Derecho de la Seguridad Social*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Astrea.

Arenas Monsalve, Gerardo (2011). *El derecho colombiano a la seguridad social*. Bogotá-Colombia: Legis.

Aristóteles (2004). *La Política*. Bogotá-Colombia: Gráficas Modernas.

Atienza Rodríguez, Manuel (2013) *Curso de argumentación jurídica*. Madrid-España: Editorial Trotta.

Ávila Martínez, Alexander; Castellanos Rodríguez, Nilson Fabián y Triana Agudelo, Ana María (enero-junio de 2016). “La teoría política de Thomas Hobbes y su influencia en la construcción del principio de legalidad en el Estado moderno”. *Revista Vía Iuris* (20), pp. 149-162. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273949068008>

Barboza Russian, Hernando H. (enero-junio de 2013). “La Confianza Legítima y la Interpretación del Artículo 231 por la Sala Constitucional”. *Cuestiones Jurídicas VII* (1), pp. 97-104. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127529620006>

Canessa Montejó, Miguel (2014). *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—*. 2a ed. Lima-Perú: Editorial Plades.

Cañón Ortegón, Leonardo (2017a). *La seguridad social en la Constitución colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cañón Ortegón, Leonardo (2017b). *Una visión integral de la seguridad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Castillo Cadena, Fernando (julio-diciembre de 2006). “Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico”. *Revista Universitas* (112), pp. 111-147. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82511205>

Castillo Cadena, Fernando (2011). *Problemas actuales de seguridad social: los bonos pensionales*. Bogotá-Colombia: Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez.

Feoli Villalobos, Marco (2015). “El nuevo protagonismo de los jueces: Una propuesta para el análisis del activismo judicial”. *Revista de Derecho* 22 (2), pp. 173-198 Universidad Católica del Norte Chile. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371043382006>

Giraldo Molano, Adriana y Rodríguez Rojas, Carlos Fernando (2016). *Alteración de la confianza legítima por cambio jurisprudencial*. Bogotá-Colombia: Leyer.

González R., Augusto (2003). *Introducción al Derecho*. Bogotá-Colombia: ABC.

Hennig Leal Mônia Clarissa (2012). “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial. Existe realmente ‘¿un activismo?’ o ‘el activismo?’”. *Estudios Constitucionales Año 10* (2), pp. 429 - 454. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82025038010>

Hernández Correa, Gerardo (2015). En Hernández Arbeláez, José Miguel (ed.). *Historia, Avances y Proyección de la Seguridad Social en Colombia*. (pp. 24-38). Bogotá-Colombia: Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS).

Irureta Uriarte, Pedro (2011). "Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno". *Ius et praxis. Derecho en la Región. Año 17 (2)*, pp. 133-188. Talca-Chile: Universidad de Talca.

López Blanco, Hernán Fabio (2009). *Procedimiento civil General*. Tomo 1. Bogotá-Colombia: Dupre Editores.

López Soto, David Salvador (julio-diciembre, 2010). "Activismo judicial en el Derecho Procesal del Trabajo". *Revista Latinoamericana de Derecho Social (11)*, pp. 33-35. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640266002>

López Villegas, Eduardo (2011). *Seguridad Social. Teoría Crítica*. Tomo I. Medellín-Colombia: Universidad de Medellín.

Muñoz Segura, Ana María (enero-junio de 2010). "La reforma constitucional de 1936 y el camino hacia la construcción de la seguridad social". *Revista Universitas (120)*, pp. 101-124. Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82519016005>

Neme Villareal, Martha Lucia (2010). "La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio". *Revista de Derecho Privado (18)*, pp. 65-94. Universidad Externado de Colombia.

Orduz Barreto Claudia Patricia (enero-junio de 2010). "El principio de legalidad en la ley penal colombiana". *Revista Criterio Jurídico Garantista Año 2 (2)*, pp. 100-107 Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28403.pdf>

Organización Internacional del Trabajo —OIT— (diciembre de 2009). "Seguridad: respuesta a la crisis; sociedades". *Trabajo (67)*, pp. 13-16. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--dcomm/documents/publication/wcms_122248.pdf

Ospina Fernández, Guillermo (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá-Colombia: Temis.

Ossa Henao, Mario (2015). *La discrecionalidad judicial*. Bogotá-Colombia: Leyer.

Özden, Melik (2014). *El derecho a la seguridad social*. Centro Europa - Tercer Mundo (Cetim). Recuperado de <https://www.cetim.ch/legacy/es/documents/bro14-secu-esp.pdf>

Palacio Hincapié, Juan Ángel (2017). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín-Colombia: Librería Jurídica Sánchez R.

Ponce Bravo, Germán Ernesto (2017). *Seguridad Social: Tratado del Régimen de Prima Media*. Chía, Cundinamarca - Colombia: Universidad de la Sabana.

Rodríguez Mesa, Rafael (2011). *Estudios sobre Seguridad Social*. Bogotá-Colombia: Ibáñez.

Rodríguez R. Libardo (2017). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Tomo II. 20a ed. Bogotá-Colombia: Temis.

Saffon, María Paula y García Villegas, Mauricio (enero-junio, 2011). "Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia". *Revista Estudios Socio Jurídicos* 13(1), pp. 75-107 Universidad del Rosario. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73318918004>

Sarmiento Erazo, Juan Pablo (julio-diciembre de 2008). "La vulneración a la confianza legítima ¿una situación jurídica generadora de responsabilidad del Estado legislador?". *Vniversitas UCLS* (116), pp. 85-117. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/s116/n116a05.pdf>

Superintendencia de Sociedades, Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles. (31 de julio de 2000). [Auto 411-11731 de 2000].

Superintendencia Financiera de Colombia (2008). "Entidad controlante, Subordinación, Estados Financieros, Responsabilidad de la matriz". *Boletín Jurídico* (12). Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/10015915/dPrint/1/c/00>

Velasco Carrasquilla, Ángela Milena (2014). *Obligaciones pensionales en el sector petrolero antes de la Ley 100 de 1993*. (Trabajo de grado Maestría en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

JURISPRUDENCIA

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. (20 de febrero de 1997). Sentencia Radicación 5462 [C.P. Silvio Escudero Castro].

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena (18 de febrero de 2000). Sentencia Expediente 66001-23-31-0002000-09441-01 [C.P. Julio Enrique Correa Restrepo].

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena (2 de junio de 2000). Sentencia Expediente 17001-23-31-000-2000-10445-01 [C.P. Daniel Manrique Guzmán].

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena (16 de enero de 2001). Sentencia Expediente 66001-23-31-0002001-0941-01 [C.P. Camilo Arciniegas Andrade].

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena (7 de diciembre de 2011). Sentencia S/R [C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila].

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (19 de enero de 2012). Sentencia Expediente 25000-23-15-000-2011-0233-01 AC [C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia].

Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta (12 de septiembre de 2013). Sentencia Expediente 25000-23-31-000-2011-00775-02. [C.P. Alberto Yepes Barreiro].

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (28 de agosto de 2014). Sentencia Expediente 11001-33-35-007-2013-00627-01 AC [C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas].

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta (12 de mayo de 2016). Sentencia Expediente 25000-23-36-000-2016-00265-01(AC) [C.P. Rocio Araujo Oñate].

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta (26 de mayo de 2016). Sentencia Expediente 25000-23-41-000-2016-00393-01(AC) [C.P. Rocio Araujo Oñate].

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (19 de julio de 2017). Sentencia Expediente 25000-23-42-000-2016-05641-01(AC) [C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto].

Colombia. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (1° de agosto de 2017). Sentencia Expediente 11001-03-06-000-2017-00081-00 C [C.P. Édgar González López].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Séptima (17 de julio de 1997). Sentencia T-339 de 1997 [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Séptima (30 de septiembre de 1998). Sentencia T-534 de 1998 [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Segunda (24 de febrero de 2000). Sentencia T-168 de 2000 [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Segunda (16 de marzo de 2000). Sentencia T-297 de 2000 [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena (16 de mayo de 2001). Sentencia C-506 de 2001 [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena (26 de septiembre de 2001). Sentencia SU-1023 de 2001 [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena (20 de octubre de 2004). Sentencia C-1024 de 2004 [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (30 de septiembre de 2010). Sentencia T-784 de 2010 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (23 de septiembre de 2011). Sentencia T-719 de 2011 [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión (28 de octubre de 2011). Sentencia T-814 de 2011 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (24 de noviembre de 2011). Sentencia T-890 de 2011 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (23 de enero de 2012). Sentencia T-020 de 2012 [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (14 de marzo de 2012). Sentencia T-205 de 2012 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (24 de agosto de 2012). Sentencia T-674 de 2012 [M.P. Mauricio González Cuervo].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (19 de abril de 2013). Sentencia T-240 de 2013 [M.P. María Victoria Calle Correa].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión (26 de julio de 2013). Sentencia T-492 de 2013 [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (17 de septiembre de 2013). Sentencia T-651 de 2013 [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (7 de noviembre de 2013). Sentencia T-770 de 2013 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión (26 de junio de 2014). Sentencia T-410 de 2014 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (11 de febrero de 2015). Sentencia T-543 de 2015 [M.P. Mauricio González Cuervo].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (26 de octubre de 2015). Sentencia T-665 de 2015 [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión (25 de enero de 2016). Sentencia T-014 de 2016 [M.P. Gabriel Eduardo Martelo Mendoza].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (31 de marzo de 2017). Sentencia T-194 de 2017 [M.P. (e) Iván Humberto Escruería Mayolo].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (25 de mayo de 2018). Sentencia T-207A de 2018 [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo].

Colombia. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (21 de agosto de 2018). Sentencia T-337 de 2018 [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (15 de julio de 1994). Sentencia Radicación 6681. [M.P. Hugo Suescún Pujols].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (18 de abril de 1996). Sentencia Radicación 8453. [M.P. Fernando Vásquez Botero].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (13 de diciembre de 1996). Sentencia Radicación 9216.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (24 de febrero de 1998). Sentencia Radicación 10339. [M.P. Germán Valdés Sánchez].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (9 de junio de 2000). Sentencia Radicación 13347. [M.P. Fernando Vásquez Botero].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (24 de julio de 2006). Sentencia SL Radicación 26078 [M.P. Francisco Javier Ricaurte].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (9 de agosto de 2006). Sentencia SL Radicación 27198.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (22 de noviembre de 2007). Sentencia SL Radicación 29571 [M.P. Isaura Vargas Díaz].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (29 de julio de 2008). Sentencia SL Radicación 29180 [M.P. Isaura Vargas Díaz].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (4 de agosto de 2008). Sentencia Radicación 28479 [M.P. José Gustavo Gnecco Mendoza].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (22 de julio de 2009). Sentencia Radicación 32922 [M.P. Eduardo López Villegas].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (7 de septiembre de 2010). Sentencia Radicación 36280 [M.P. Camilo Tarquino Gallego].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (13 de marzo de 2012). Sentencia SL Radicación 38225 [M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas]

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (10 de julio de 2012). Sentencia Radicación 39914 [M.P. Rigoberto Echeverri Bueno].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (27 de febrero de 2013). Sentencia SL Radicación 42530 [M.P.].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (16 de julio de 2014). Sentencia SL9856-2014 Radicación 41745 [M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (24 de septiembre de 2014). Sentencia SL17300-2014 Radicación 45107 [M.P. Elsy del Pila Cuello Calderón].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (1º de julio de 2015). Sentencia SL8647-2015 Radicación 59027 [M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (20 de octubre de 2015). Sentencia SL 14388-2015 Radicación 43182 [Rigoberto Echeverry Bueno].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (15 de agosto de 2017). Sentencia SL13124-2017 Radicación 51624 [M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (6 de septiembre de 2017). Sentencia SL13900-2017 Radicación 52125 [M.P. Jimena Isabel Godoy Fajardo].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (6 de septiembre de 2017). Sentencia SL14215-2017 Radicación 51461 [M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (15 de noviembre de 2017). Sentencia SL18906-2017 Radicación 45477, [M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (7 de febrero de 2018). Sentencia SL098-2018 Radicación 54194, [M.P. Dolly Amparo Caguasango Villota].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (7 de marzo de 2018). Sentencia SL553-2018 Radicación 72395 [M.P. Ernesto Forero Vargas].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (13 de marzo de 2018). Sentencia SL912-2018 Radicación 55028, [M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (18 de abril de 2018). Sentencia SL1169-2018 Radicación 72395 [M.P. Rigoberto Echeverri Bueno].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (25 de abril de 2018). Sentencia SL1358-2018 Radicación 69316 [M.P. Gerardo Botero Zuluaga].

Colombia. Superintendencia de Sociedades, Auto 411-11731 (31 de julio de 2000)

Colombia. Superintendencia de Sociedades, Auto 400-010928 (28 de agosto de 2012)

Colombia. Superintendencia de Sociedades, Auto 400-017782 (18 de diciembre de 2012)

NORMATIVA

Código Sustantivo del Trabajo [Código]. (2018) 31a ed. Bogotá: Leyer.

Colombia. Ministerio del Trabajo (14 de enero de 1967). *Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte.* [Decreto 3041 de 1966] DO: 32.126

Colombia. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (18 de julio de 1977). *Por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios, y se dictan otras disposiciones.* [Decreto 1650 de 1977]. DO: 34.840.

Colombia. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (29 de diciembre de 1989). *Por el cual se aprueba el Acuerdo 044 de 1989 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.* [Decreto 3063 de 1989]. DO: 39.124.

Colombia. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (11 de abril de 1990). *Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.* [Decreto 758 de 1990]. DO: 39.303.

Congreso de la República de Colombia (22 de julio de 2005). *Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.* [Acto 01 de 2005]. DO: 45.980.

Congreso de la República de Colombia (19 de febrero de 1945). *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.* [Ley 6 de 1945]. DO: 25.790.

Congreso de la República de Colombia (26 de diciembre de 1946). *Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.* [Ley 90 de 1946]. DO: 26.322.

Congreso de la República de Colombia (23 de diciembre de 1993). *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones* [Ley 100 de 1993]. DO: 41.148.

Congreso de la República de Colombia (20 de diciembre de 1995). *Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.* [Ley 222 de 1995]. DO: 42.156.

Congreso de la República de Colombia (27 de diciembre de 1996). *Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.* [Ley 344 de 1996]. DO: 42.951.

Congreso de la República de Colombia (27 de diciembre de 2002). *Por la cual se dictan normas para apoyar al empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo.* [Ley 789 de 2002]. DO: 45.046.

Congreso de la República de Colombia (29 de enero de 2003). *Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.* [Ley 797 de 2003]. DO: 45.079.

Congreso de la República de Colombia (10 de julio de 2003). *Por la cual se expiden normas para el Control a la Evasión del Sistema de Seguridad Social.* [Ley 828 de 2003]. DO: 45.253.

Congreso de la República de Colombia (26 de diciembre de 2003). *Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.* [Ley 860 de 2003]. DO: 45.415.

Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (13 de septiembre de 1967). *Por el cual se llama a inscripción en el Seguro Social Obligatorio de enfermedad no profesional y maternidad; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; invalidez, vejez y muerte, a las empresas y trabajadores de algunas actividades.* [Acuerdo 257 de 1967].

Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios (26 de septiembre de 1985). *Por el cual se modifica parcialmente el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte.* [Acuerdo 029 de 1985].

Constitución de Queretano, 1917

Constitución Política de Colombia [Cont.]. (1991). 26a ed. Bogotá: Leyer.