



Responsabilidad del Estado por las condenas a empleadores por omisión de aportes cuando el
Instituto Colombiano de los Seguros Sociales no brindó cobertura

Isabel Cristina García Restrepo

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho de la Seguridad
Social

Tutor

Jaime León Gañán Echavarría, PostDoctor (PostDoc)

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho de la Seguridad Social
Medellín, Antioquia, Colombia
2022

Cita	(García Restrepo, I. C., 2022)
Referencia	García Restrepo I.C. (2022). <i>Responsabilidad del Estado por las condenas a empleadores por omisión de aportes cuando el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales no brindó cobertura.</i>
Estilo APA 7 (2020)	[Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Especialización en Derecho de la Seguridad Social, Cohorte XVII.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Luquegi Gil Neira.

Coordinadora de Posgrados: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

El sistema de seguro obligatorio creado con la Ley 90 de 1946 pretendió subrogarse en las obligaciones patronales que la Ley 6° de 1945 impuso a un grupo de empleadores, con el fin de alcanzar una cobertura nacional de aseguramiento a los trabajadores. Dicho sistema fue carente y deficiente, al punto de no lograr brindar una cobertura global respecto a quienes pretendía llegar, por lo que no logró subrogarse en las obligaciones de todos los empleadores, quienes debieron seguirse ocupando de las obligaciones patronales del anterior sistema, hasta tanto se les garantizara cobertura. Motivo por el cual, debió pensarse un nuevo sistema pensional que diera solución a tales deficiencias, creado con la Ley 100 de 1993. No obstante, en el cambio del sistema no logró subsanar los perjuicios que se ocasionaron con las inconsistencias del anterior sistema, entre ellos, el definir si los tiempos que se laboraron cuando no había cobertura debían ser reconocidos al momento de la afiliación al sistema de seguro obligatorio. Carencia normativa que trató de ser saneada por parte de los jueces laborales y constitucionales, que impusieron el reconocimiento de esos tiempos a los empleadores que tuvieron a su cargo a los trabajadores. Precedente jurisprudencial, que generó el rompimiento de trato igual ante las cargas públicas, al lesionar los principios constitucionales de trato igual, confianza legítima y seguridad jurídica de los empleadores que actuaron bajo los postulados de buena fe ante el ordenamiento jurídico que los regía.

Palabras clave: Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, omisión de aportes a pensión, seguridad jurídica, daño especial, confianza legítima, precedente judicial, responsabilidad patrimonial del Estado.

Abstract

The mandatory pension system created (in the Republic of Colombia) with Law 90 of 1946 was intended to subrogate the employer obligations that Law 6 of 1945 imposed on a group of employers, in order to achieve national pension coverage for workers. This system was lacking and deficient, to the point of not being able to provide global coverage to those it was intended to reach, and therefore it did not succeed in subrogating the obligations of all employers, who had to continue

to take care of the employer obligations of the previous system, until coverage was guaranteed. For this reason, a new pension system should have been devised to remedy these deficiencies, created by Law 100 of 1993. However, the change in the system failed to remedy the damages caused by the inconsistencies of the previous system, among them, the definition of whether the time worked when there was no coverage should be recognized at the time of affiliation to the mandatory insurance system. The labor and constitutional judges tried to remedy an insufficiency of regulations by imposing the recognition of those times to the employers who were in charge of the workers. Jurisprudential precedent, which generated the breach of equal treatment before public charges, by damaging the constitutional principles of equal treatment, legitimate trust and legal certainty of the employers who acted under the postulates of good faith before the legal system that governed them.

Keywords: Instituto colombiano de los seguros sociales, omission of pension contributions, legal security, special damage, legitimate trust, judicial precedent, Patrimonial Responsibility of the State.

Sumario

Introducción. 1. Esquema del Sistema de Seguridad Social en vigencia del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales – ICSS- y en vigencia de la Ley 100 de 1993. 2. Evolución del precedente en la responsabilidad de los empleadores por omitir el pago de los aportes a pensión en el tiempo que el ICSS no brindó cobertura. 3. Probable configuración de responsabilidad del Estado colombiano por ocasionar un rompimiento en las cargas públicas con el cambio de precedente. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Desde el año 2009 se viene consolidando en Colombia un precedente jurisprudencial en el que se declara como responsables a los empleadores del sector privado, que no cancelaron al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales -ICSS- los dineros correspondientes a los aportes por los tiempos laborados en zonas en las cuales no había cobertura por parte de éste, condenándolos a pagar el valor de los cálculos actuariales con fines de pensión de vejez, por esos tiempos laborados que no fueron objeto de provisionamiento.

Sin lugar a dudas, resulta ser éste un tema álgido del que poco se habla y que representa un gran impacto en el sector empresarial. Puesto que, muchas empresas nacionales y extranjeras se ven gravemente afectadas con las condenas millonarias que desde los tribunales se les impone, por causa del cambio de precedente que creó obligaciones patrimoniales, respecto de unas situaciones que estaban debidamente consolidadas y sobre las cuales no había disposición normativa que las sustentara.

El propósito de esta monografía es analizar si hay lugar a hablar de responsabilidad del Estado colombiano, por haber incurrido en el rompimiento de trato igual frente a las cargas públicas respecto a estos empleadores, al dar un cambio abrupto del precedente sin cumplir con las reglas establecidas desde la jurisprudencia para apartarse de éste.

Esto, con la intención de visibilizar la problemática que afrontan muchos empleadores al resultar condenados por situaciones que escaparon de su órbita de la voluntad y que en nada deberían serles atribuidas como responsables. Situación que parece derivarse, por cuenta de una interpretación extensiva de la norma, que creó una obligación económica respecto de situaciones que estaban debidamente consolidadas, por no ser tenidas en transición y que, a su vez, generan un gran compromiso presupuestal en estos empleadores, llegando incluso a representar un riesgo en su estabilidad financiera y quizá el incentivo de generar empresa en un país cuyo ordenamiento normativo, en veces, carece de seguridad jurídica y no brinda confianza legítima.

También será propósito de este trabajo el contribuir con la construcción académica de argumentos sólidos con los cuales se logre dilucidar si bajo este tipo de circunstancias se está ante una responsabilidad estatal por daño especial por desconocimiento del precedente y creación de

una obligación patrimonial por situaciones que no estaban previamente reglamentadas, lo cual servirá de apoyo en la fundamentación de las demandas de reparación directa en contra del Estado por los perjuicios ocasionados por su actuar dañoso.

Por consiguiente, el enfoque bajo el cual se desarrollará esta monografía será el metodológico cualitativo. Para lo cual, se hará uso de los métodos hermenéutico jurídico, deductivo y analítico y se tendrá por herramientas el análisis del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, y la doctrina que hable de los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal por el cambio de precedente, sin cumplir con los parámetros establecidos para el apartamiento de la doctrina probable.

1. Esquema del Sistema de la Seguridad Social en vigencia del ICSS y en vigencia de la Ley 100 de 1993

El 19 de febrero de 1945 se promulga en Colombia la Ley 6°, por medio de la cual se dictan algunas disposiciones tendientes a reglamentar las relaciones de trabajo, las convenciones colectivas y conflictos colectivos. Siendo la primera disposición normativa que asigna en cabeza del empleador del sector privado una serie de prestaciones patronales, entre ellas, la obligación de reconocer una pensión vitalicia de jubilación, por el equivalente de las dos terceras partes del salario devengado a los trabajadores que a sus cincuenta (50) años llevaran laborando veinte (20) años o más en la empresa, siempre y cuando el capital de esta excediera el millón de pesos; mientras se reglamentaba el seguro social obligatorio.

Un año después, se expide la Ley 90 de 1946, mediante la cual se establece el seguro social obligatorio de los trabajadores, para el amparo en los riesgos de enfermedades no profesionales y maternidad, invalidez y vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y finalmente la muerte, a cargo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales – ICSS- (luego Instituto de Seguros Sociales -ISS-, hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones). Por el cual, quedaron sometidos al seguro obligatorio todos los empleados del sector privado que estuvieran vinculados por contrato de trabajo, verbal o escrito y los trabajadores independientes cuyos ingresos anuales no superaran los 1.800 pesos; con excepción de los mayores a sesenta (60) años

que por primera vez se afilien, los cuales no estarán protegidos por los riesgos de invalidez, vejez y muerte – IVM-. Motivo por el cual, quedaron excluidos de la obligación de hacer cotizaciones.

Posteriormente, con el artículo 62 del Decreto 3041 de 1966, mediante el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, se le asigna al ICSS la obligación de sustituir las cargas patronales en estas contingencias, consagrándose un sistema de subrogación de riesgos de origen legal.

No obstante, la asunción en las cargas prestacionales no fue inmediata, sino que, las afiliaciones de los empleados por parte de los empleadores se atendió conforme la expansión gradual de la cobertura del ICSS. Es decir, sólo en las zonas donde había cobertura de oficinas locales o cajas seccionales, los empleadores podían gestionar la afiliación al seguro obligatorio para los trabajadores que ejercieran sus actividades en los territorios cubiertos y proceder con los respectivos aportes; en los demás territorios, se siguió operando de conformidad con la legislación anterior, esto es, que el empleador debió seguir asumiendo las prestaciones patronales en los riesgos de IVM, tal como lo establecía la Ley 6° de 1945, hasta tanto el ICSS otorgara la cobertura correspondiente.

Advirtiendo que, el Congreso de la República en la Ley 90 de 1946, otorgó amplias facultades al ICSS para que regulara el proceso de inscripción y pago de cotizaciones a su favor, los requisitos y plazos en los que debía hacerse las actividades, regiones y tipos de empresas a las que debía llegar desde su iniciación; el orden de prelación de los riesgos que cubriría, el monto de las cotizaciones y el número de semanas necesarias para acceder al derecho. Pero, el ICSS no hizo uso completo de dichas facultades, puesto que, por cerca de trece años contados desde la sanción de la Ley 90 de 1946, no se avanzó en la materia de la cobertura de riesgos de IVM, sólo fue hasta la expedición del Decreto 1697 de 1960, que se aprobó el primer *“Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte”*, en el cual, se determinaron los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez. Sin que se determinara la forma en que debían inscribirse los trabajadores y tampoco el monto de las cotizaciones que debían hacerse en su favor, lo que se dejó pendiente para una posterior reglamentación.

Luego, con el Decreto 1824 de 1965, mediante el cual se aprueba el Acuerdo 189 del mismo año, se dispuso que, en un término de seis meses se haría un llamamiento del primer grupo

susceptible de ser afiliados, refiriéndose a todas las capitales de los departamentos del país; luego de esto, se procuraría una ampliación gradual a todas las regiones del mismo. Igualmente, se advirtió que, una vez el empleador estuviere obligado a ello, en virtud de la iniciación del seguro social, debía pagar la cotización que correspondía a él y al empleado, descontándole a este último su proporción del salario. No comprendía esta norma la posibilidad de efectuar cotizaciones por períodos anteriores a la cobertura aludida. Aclarando en este punto que, la cobertura del ICSS en las principales capitales fue en 1967 y no en los seis meses posteriores a la expedición del decreto, tal como se tenía proyectado.

A partir del Decreto 3041 de 1966, el ICSS reglamentó la pensión de vejez y los requisitos bajo los cuales el afiliado se hacía merecedor de ella. También se reiteró que, la entrega de las cotizaciones debía hacerse por el empleador a través de la caja seccional u oficina local que correspondiera a su jurisdicción, en el plazo y forma que determinara el reglamento de aportes y recaudos, para esta fecha los Decretos 1824 y 1826 de 1965. A las cajas seccionales y oficinas locales del ICSS, atañía regular la inscripción de los asegurados y beneficiarios y en todo caso, no hubo discusión en que la fecha de iniciación del seguro era aquella en que el ICSS se extendía a una nueva zona o grupo laboral y brindaba cobertura.

En ningún momento se estableció con claridad que se debían efectuar cotizaciones por períodos anteriores a la fecha de asunción de la pensión de vejez. Es decir, no hubo disposición legal y reglamentaria de hacer cotizaciones por los tiempos de servicio prestados con anterioridad al llamamiento de afiliación por parte del ICSS. Tan es así, que en el Decreto 2665 de 1988, se previó la cancelación de afiliaciones que los empleadores hicieran sobre aquellos trabajadores que estaban en grupos o zonas geográficas que aún no estaban llamadas a inscripción.

De igual modo, el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año que derogó el Decreto 3041 de 1966, estipuló en su artículo 46 que la fecha de la obligación de afiliación o aseguramiento de trabajadores por parte de los empleadores, nacía en el momento de llamamiento a inscripción por parte del ICSS.

Es así como, a pesar de que el seguro obligatorio de los trabajadores existe desde 1946, se tiene por cierto que la cobertura del sistema de pensiones tuvo sus comienzos en las capitales principales en 1967, en los demás municipios fue tardía y deficiente, al punto de no poder

concretarse una cobertura nacional. Siendo una de las grandes falencias por parte del sistema público en la prestación del servicio.

Lo anterior motivó la necesidad de asumir una reforma del sistema pensional, asistida con la expedición de la Ley 100 de 1993. Tal como quedó sustentado en la exposición de motivos del proyecto de ley:

1. El sistema vigente, en sus actuales condiciones, no es financieramente viable y produce un impacto económico desfavorable, es fundamentalmente inequitativo, y de imposible expansión para ampliar cobertura. Las deficiencias son estructurales, y no se superan con ajustes administrativos, o de las cotizaciones y beneficios, y por lo tanto se requiere un régimen enteramente distinto (...) La mayor deficiencia del sistema pensional vigente es su baja cobertura (Colombia. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, s.f., p. 3).

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 23 de diciembre de 1993, se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, bajo el cual se pretende subsanar todas las irregularidades que venía presentando el sistema creado con la Ley 90 de 1946; entre ellas alcanzar una cobertura nacional por parte del Instituto de Seguros Sociales -ISS-, que pasó a asumir el sistema de reparto por parte del régimen público de prima media -RPM- y por otra parte, el sistema de capitalización asumido por los fondos de pensiones privados que pasarían a administrar el régimen privado de ahorro individual -RAIS-.

Este cambio sistemático en pensiones, previó en el literal c del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la acumulación de los tiempos prestados antes de su entrada en vigencia, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; siendo concordante con el literal c del artículo 115 de la misma ley, que fija la expedición de bonos pensionales a las personas vinculadas con empresas que tuvieran a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones.

Todo aquel que no encajara en la excepción del literal c del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no tenía posibilidad de reclamar aportes o emisión de cálculos actuariales que reconocieran los tiempos que laborados y que no fueron objeto de cotización por falta de afiliación

al ICSS; ya fuera por falta de cobertura o por omisión del empleador afiliar pese haber sido llamado para hacerlo. Situación que, aún hoy es materia de litigio por parte de aquellos trabajadores que no logran completar el mínimo de semanas exigidas en la norma para alcanzar la pensión o que ven afectada sustancialmente el monto de sus pensiones, por no haberles sido tenido en cuenta esos tiempos que efectivamente laboraron y que en nada sumaron en su proyecto pensional.

2. Evolución del precedente en la responsabilidad de los empleadores por omitir el pago de los aportes a pensión en el tiempo que el ICSS no brindó cobertura

De los primeros pronunciamientos rastreados, respecto a las obligaciones de emitir cálculos actuariales por parte de los empleadores por cotizaciones previas a Ley 100 de 1993, está la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Rad. 8453 de 1996, en la que se determinó que, la obligación del empleador de afiliar a sus empleados al ICSS, nacería únicamente en el momento en el que éste dispusiera de cobertura para asumir los riesgos de IVM, de lo contrario la afiliación resultaría indebida. Porque de un lado, el empleador no tenía la obligación legal de hacerlo y de otro, porque el Instituto no había asumido el cubrimiento de las contingencias correspondientes; circunstancia que era sancionable por el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del ISS, adoptado por el Decreto 2665 de 1989 en el artículo 20 literal c) ,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 (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 1996).

En igual sentido, se profirieron múltiples sentencias de la Corte Suprema de Justicia¹, en las que se advierte que, al no ser posible una asunción inmediata del ISS en los riesgos de IVM en el territorio nacional, se debió mantener vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS, por lo que las normas en su momento tuvieron en cuenta que la afiliación se hacía obligatoria en la medida en que los lugares donde se desarrollaba la labor contara con cobertura, de lo contrario sería indefectible la inscripción del trabajador al ISS.

¹ Corte Suprema de Justicia Sentencia del 18 de abril de 1996, radicación 8453; reiterada en la Sentencia del 12 de diciembre de 1996 de radicación 9216 y en Sentencia del 24 de febrero de 1998 de radicación 10339.

No obstante, precisa que, dicha circunstancia no significó que el trabajador que laborase en lugares donde no había cobertura se hallara desprotegido o desamparado del derecho a la seguridad social, en tanto que, esta obligación seguía a cargo del empleador mientras se surtiera la asunción (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2006).

Teniendo en cuenta esta situación, el legislador trató de sanear la irregularidad del anterior sistema y generó una habilitación excepcional para reconocer los tiempos laborados previa cobertura del ICSS, única y exclusivamente a quienes cumplieran con lo dispuesto en el literal c del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Es decir, sólo permitió la acumulación de tiempos de servicio previos a su vigencia, para los empleados cuya relación laboral se hallara en curso al momento de entrar a regir la disposición; nada habló de los tiempos de servicios que cesaron antes de la entrada en vigor del nuevo marco normativo pensional.

Disposición que fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional en Sentencia C 506 de 2001, dentro de la cual, la parte actora consideró en su momento que, limitar el reconocimiento de los tiempos laborados con anterioridad a la Ley 100 de 1993, sólo para aquellos que cuenten con vínculo laboral vigente o a los que se les inicie con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo régimen, pone en desventaja manifiesta a los trabajadores y propicia un enriquecimiento sin justa causa en el patrimonio del empleador porque no tendrá a su cargo el cumplir con el traslado ordenado respecto a los empleados que quedaron por fuera de esa disposición. Reproche ante el cual, la Corte deniega la declaratoria de inexecutable y le da total respaldo de constitucional al literal c) del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, declarándolo executable.

Para la Corte fue claro que, antes de la creación del ICSS no existía derecho a acumular tiempos de servicio en el sector privado para el alcance y reconocimiento de la pensión, el ordenamiento jurídico anterior exigía el cumplimiento cabal de requisitos en la empresa privada respectiva que tenía a cargo el reconocimiento de la pensión vitalicia por jubilación, por ende, sólo se estaría ante la causación del derecho cuando se diera el lleno de requisitos, por lo demás, sólo se podría hablar de meras expectativas pensionales, las cuales no generan obligación alguna a cargo del empleador.

Por lo que a su juicio, con la promulgación de la Ley 100 de 1993, el legislador tuvo la intención de mermar las falencias y grandes brechas de injusticia trazadas por el anterior régimen pensional y trató de corregir las deficiencias preexistentes al contemplar un régimen de transición que cobijó a aquellos empleados con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la ley o que se inició con posterioridad a la misma, representando un gran avance dentro del proceso de universalización de la seguridad social.

Era necesario limitar el margen de cobertura del régimen de transición, en tanto que, el legislador no debe desconocer que derechos prestacionales como la pensión son de realización progresiva y deben ser satisfechos con recursos económicos e institucionales limitados y tampoco podría imponer obligaciones en situaciones jurídicas consolidadas, pues crear una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho (Colombia. Corte Constitucional, 2001).

Esta postura se mantuvo uniforme, tanto por parte de la Corte Suprema de Justicia como por parte de la Corte Constitucional hasta el año 2009, en el que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia Rad. 32.922 de 2009, con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, decide cambiar la línea decisoria y crear el primer precedente que reconocería la obligación de los empleadores de responder por el pago de esos tiempos que fueron laborados y que no reflejan cotizados por falta de cobertura del ICSS.

En esta oportunidad el Magistrado estimó que, en aquellos casos en los cuales no se hizo aportes por falta de cobertura del ICSS en el territorio donde laboraba el trabajador, se hacía necesario que posteriormente dichos periodos laborados y no cotizados fueran habilitados a través de cálculos actuariales o títulos pensionales a cargo del empleador, de modo que se le permitiera al trabajador reunir el total de semanas exigidas para el reconocimiento de la prestación de vejez.

A criterio del sentenciador, no resultan admisibles aquellas interpretaciones del texto que distinguiendo conduzcan a dejar por fuera del derecho a habilitar sus tiempos servidos a un empleador, ya porque se crea que basta mirar el día anterior a la vigencia de la ley para generar un desconocimiento de la obligación que estaba a cargo del empleador de reconocer y pagar las

pensiones; así como tampoco, si se hacen diferencias a partir de la causa por la que no se hicieron cotizaciones (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2009 b).

Simultáneamente y con fundamento en la citada providencia, se dio el cambio de postura por parte de la Corte Constitucional en sentencia T 784 de 2010, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, quien decide apartarse de la línea de decisión que a la fecha se venía asumiendo, por estimar que el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, había dispuesto la obligación de aprovisionar los dineros correspondientes a los aportes que no pudieron hacerse mientras no hubo cobertura por parte del ICSS. Esta posición se adoptó sin motivación suficiente, que explicara el motivo por el cual se apartaba del precedente causado en la sentencia C 506 de 2001, que avaló en constitucionalidad el literal c del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Este giro en la jurisprudencia ocasionó un vuelco de ciento ochenta grados al precedente constitucional, en tanto que, no sólo se determina la obligación de reconocer los cálculos actuariales por los tiempos en los que no había cobertura del ICSS, sino que, resalta como factor de imputación a esa responsabilidad la de haber incumplido con la obligación de aprovisionamiento de los aportes hasta el momento en el que el ICSS se subrogara en el cubrimiento de las contingencias de IVM.

Postura que es contraria a lo decidido en sentencias de constitucionalidad C 177 de 1998 y C 506 de 2001, al hacer extensiva la obligación de aprovisionamiento que se contempla en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, sin distinguir si la relación laboral se encontraba o no en rigor al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social Integral, haciendo una aplicación retroactiva de la norma, generando obligaciones en cabeza del empleador que en principio no estaban determinadas.

Ahora bien, este cambio en la línea jurisprudencia no fue pacífico entre los magistrados, por cuanto que, tanto la sentencia 32.922 del 2009 de la Corte Suprema de Justicia -CSJ-, como la sentencia T 784 de 2010 de la Corte Constitucional, contaron con salvamentos de voto. En la sentencia 32.922 de la CSJ, el Magistrado Camilo Tarquino Gallego, consideró que, debió mantenerse la tradicional, constante y reiterada jurisprudencia de la Corte², que determinaba que el empleador no incurrió en omisión alguna por no afiliarse al trabajador cuando no había cobertura

² Algunas de las sentencias que apoyan la tesis del Magistrado que salva el voto. Radicados 26078 de 2006, 28479 de 2008, 29180 de 2008 y 32.942 de 2009

en el lugar donde prestaba su servicio, por tanto, no generará consecuencia en su contra y menos aún, tener que asumir una reserva actuarial (Corte Suprema de Justicia, 2009 b).

A su vez, el Magistrado Eduardo López Villegas, en su salvamento de voto, precisa que, ninguna de las normas previas al Sistema General de Pensiones estableció la obligación para el empleador de pagar los aportes respecto del lapso en que no hubo cobertura, pues ello equivaldría a imponerle una doble carga, inequitativa, y es la de asumir las prestaciones encargadas previa cobertura y a su vez asumir el pago de los aportes en el lapso en que no existía esa cobertura (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2009 b).

Por parte de la sentencia T 784 de 2010, el Magistrado Ernesto Vargas Silva no comparte el giro que se ocasiona con la sentencia, por considerar que, los fundamentos que sustentan la decisión resultan problemáticos y a su vez, fisuran la consistencia argumentativa que debe tener toda sentencia. Una de las razones de peso, por la cual salva su voto, está en que no comparte la decisión de condenar la vulneración al derecho de la seguridad social por los aportes que no se hicieron al ISS cuando no había cobertura. Al respecto, recuerda que, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, no existía en Colombia un sistema integral de pensiones, por lo que el trabajador no podía acumular los tiempos de servicio laborados con distintos patronos. Razón por la cual, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, trató de sanear dicha circunstancia, limitándolo a las relaciones laborales que hubiesen iniciado o estuvieran en curso al momento de entrar en vigencia esta disposición normativa, por lo que, por ley se estableció a quienes se les sería permitido la acumulación de tiempos y quienes por tanto quedaban excluidos de dicha circunstancia.

Motivo por el cual, le resulta cuestionable indicar, como lo hace la sentencia T 784 de 2010, que con anterioridad a la Ley 100 de 1993, ya existía para el empleador particular la obligación de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicio prestado. Agregando en sus argumentos que, la Sala ha debido hacer referencia a la sentencia C 506 de 2001, expresando las razones por las cuales no le resulte vinculante a la solución del presente caso, máxime si se tiene en cuenta que del solo texto del artículo 72 de la Ley 90 de 1946, no se desprende *prima facie* la interpretación efectuada por la Sala y que las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia que apoyan la decisión de la Sala, tratan de situaciones diferentes a la tratada en la sentencia T 784 de 2010, pues versan sobre casos a los cuales les era aplicable el

régimen de transición dispuesto en el literal c del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; desconociendo contenido legal y jurisprudencial que a su criterio resultan ineludibles (Colombia. Corte Constitucional, 2010).

A partir de los dos pronunciamientos hito en mención, la tesis que avala la condena de los empleadores a reconocer los cálculos actuariales de los tiempos en los que el ICSS no brindó cobertura, tomó posicionamiento en ambas cortes, consolidándose la jurisprudencia con las sentencias SL.9856 de 2014 y SL.17300 de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, donde se explica que, la falta de contemplación expresa en la norma no puede ser usada en contra de los derechos de los trabajadores, puesto que, hasta que el ICSS no asumiera cobertura estaba a su cargo responder por la contingencia de vejez, por tanto, no puede desconocer el tiempo efectivamente laborado (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2014a).

Nótese como en este precedente, la Corte Suprema de Justicia reconoce la existencia de un vacío de carácter legal y reglamentario que le era irresistible a los empleadores en su momento, encajando su obrar bajo los postulados de los principios de legalidad y confianza legítima. Sin embargo, a su criterio dicha circunstancia no es suficiente para ser eximente de responsabilidad a los empleadores que en su momento no se hicieron cargo del pago de esos aportes, por cuanto que, avalar la continuidad de dicha circunstancia sería contrariar un ordenamiento jurídico que ha reconocido la situación de desventaja en la relación laboral, en el cual el único afectado es el trabajador que ve afectada su expectativa pensional por esos tiempos que no fueron cotizados (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2014b).

Actualmente, la Corte Suprema de Justicia cuenta con un precedente sólido respecto a la condena de los empleadores por los aportes que debieron reconocerse respecto de los tiempos laborados cuando el ICSS aún no brindaba cobertura en los municipios donde se prestaron los servicios por parte de los trabajadores.

En el más reciente, la sentencia SL 1378 de 2022, la Corte Suprema de Justicia conserva la postura de mantener en cabeza de los empleadores las obligaciones y responsabilidades que imponía el régimen previo a la Ley 90 de 1946, haciéndolo responsable de asumir el pago de

cálculo actuarial y garantizar la densidad de semanas que hace falta al trabajador para acceder a la pensión de vejez a cargo del ente de seguridad social³ (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2022).

De la misma forma, se había pronunciado en la sentencia SL1551 del 10 de marzo de 2021, en las que se determina que, aquellos empleadores que en tiempos previos a Ley 100 de 1993, no estaban obligados a hacer inscripción de los trabajadores en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conservaban en todo caso obligaciones pensionales a su cargo, por imposibilidad del sistema subrogarse en el riesgo. Pues a criterio de la sentencia, la disposición de aprovisionamiento está desde la concepción del sistema, con fundamento en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946. De lo cual se derivarían dos modos de arreglo, por un lado, sería el reconocimiento de la pensión de jubilación y por otro, reconocer los aportes a pensión mediante calculo actuarial de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por los tiempos laborados por el trabajador que no fueron cotizados (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2021).

En similar sentido, en la sentencia SL 394 de 2020, determinó seis aspectos esenciales para la resolución de este tipo de conflictos. Entre los más importantes, está la posibilidad de acumular tiempos correspondientes a los periodos en los que fue omitida la afiliación por parte del empleador a través de cálculo actuarial, aún aquellos que fueron beneficiados con el régimen de transición, por cuanto no resulta admisible una lectura limitada del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que impida a los beneficiarios del régimen de transición obtener mediante cálculo actuarial la posibilidad de acumular tiempos en los cuales fue omitida la afiliación, por pensarse que se restringe exclusivamente a las pensiones reguladas en esa disposición.

Asimismo, refiere que, la convalidación de tiempos servidos reconocidos en los títulos pensionales o cálculos actuariales, opera sin ningún tipo de condicionamiento al momento de contabilizar los periodos laborados para el reconocimiento de la prestación de vejez. Reiterando la posición asumida en sentencia SL19556 de 2017, en la que se determina que ni siquiera por casos de fuerza mayor el empleador podrá desligarse de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social.

De lo cual, se ha consolidado el precedente de reconocer al trabajador el derecho de recuperar los tiempos no cotizados, sin importar la razón que tuvo el empleador para dejar de afiliar,

³ Postura consolidada a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL10122-2017.

solución que a la fecha se emplea, independiente de si el contrato se encontraba vigente al momento que entró a regir la Ley 100 de 1993. Todo ello, en apoyo de la evolución normativa y jurisprudencial, reflejada en disposiciones como el artículo 76 de la Ley 90 de 1946; los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003; los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y 9º de la Ley 797 de 2003 y la sentencia CSJ SL939-2019, en armonía con los principios de la seguridad social (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2020).

Bajo este criterio, se observa que la construcción del precedente por parte de la Corte Suprema de Justicia ha prescindido o dejado sin importancia, determinar el título de imputación aplicable (dolo o culpa) para determinar la responsabilidad de los empleadores privados y la obligación de emitir cálculo actuarial por los aportes dejados de cotizar en los tiempos laborados por el trabajador, sin importar la razón que tuvo el mismo para no afiliarse al trabajador.

En igual sentido, la Corte Constitucional hasta el año 2020, sostuvo una postura pareja a la que hoy mantiene la Corte Suprema de Justicia. Esto es que, en lo que respecta a la “omisión” en la afiliación por parte del patrono y su tratamiento judicial frente al reconocimiento de esos tiempos que no fueron tenidos en cuenta para el cómputo de semanas susceptibles al reconocimiento de la pensión de vejez, sostenía que, en razón a los principios constitucionales que fundamentan el sistema de pensiones, todas las situaciones que obedezcan a una omisión en la afiliación, sin importar su razón debe ser resuelta a favor del afiliado, obligando a las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda, por los tiempos omitidos (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2018).

El criterio uniforme que se mantuvo entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, cambió la expedición de la sentencia T 281 de 2020. Providencia mediante la cual, la Corte Constitucional varió su precedente al exponer que, si bien el ICSS tuvo la posibilidad de recibir el pago de las cotizaciones correspondientes a los tiempos no cotizados por falta de cobertura, omitió reglamentar la forma en cómo se aceptaría que el empleador realizaría esos pagos correspondientes a los tiempos que no fue posible la afiliación. Por tanto, al no estar reglamentado este asunto, el empleador estaba imposibilitado para cancelar las cuotas ante el ICSS por no encontrarse dispuesta la forma en cómo serían recibidos esos aportes; lo que colateralmente

repercutió a que esos tiempos no sirvieran a ningún fin en materia de seguridad social, a pesar de representar el esfuerzo por parte del empleado, demostrando que esta omisión únicamente afectó a los trabajadores, no al empleador ni al Estado; sin fundamento imperioso que acreditara la necesidad en el sacrificio de los intereses legítimos del empleado, de ahí lo injusto.

Es por esto que, la Corte ha estimado necesario asumir decisiones que redistribuyan proporcionalmente las cargas ocasionadas de dicha circunstancia, por cuanto de las mismas se impuso una carga desproporcionada al empleado al impedirle el conteo de tiempos trabajados antes de su afiliación al ICSS. Así las cosas, bajo el uso del principio de equidad se logra llegar a soluciones ponderadas que impartan el mínimo de justicia que busca alcanzarse en este tipo de circunstancias, en tanto que, tampoco corresponde generar cargas desproporcionadas al empleador (Colombia. Corte Constitucional, 2020), por lo cual, hace uso de las reglas establecidas en sentencia T 435 de 2014, para reconocer la pensión de vejez.

En la sentencia de 2014, se instruye a los jueces a que previo el reconocimiento, se corroborara el cumplimiento de las siguientes condiciones: que la relación laboral se dio con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; que el trabajador no cumplió los requisitos para que el empleador se subrogara en el reconocimiento de la pensión de jubilación; que no se cumplieron las condiciones para acceder al reconocimiento de la pensión sanción o su equivalente; que durante la relación laboral existen periodos trabajados en los cuales el empleador no tenía la obligación de afiliar y realizar aportes y finalmente, que la densidad de cotizaciones del trabajador sea insuficiente para adquirir el estatus pensional (Colombia. Corte Constitucional, 2014).

Adicional a estos criterios, en la sentencia de 2020 se adicionó tres reglas: 1. Los aportes que serán cancelados a favor de la administradora no se harán por los tiempos dejados de aportar a falta de cobertura, sino por el necesario restante para que la persona pueda pensionarse o el número de semanas si resultan insuficientes. 2. La base de cotización de esos tiempos restantes, no se harán sobre el salario devengado por el empleado al momento de la relación laboral sino por el salario mínimo de la época en que se desarrolló el vínculo laboral. 3. El trabajador deberá participar respondiendo en la proporción que le corresponde al momento de cancelarse esos aportes que no fueron cotizados.

Es consciente este fallador que la no cotización se debió a una falta de regulación por parte del ICSS y no a una omisión por parte del empleador, por lo que la Sala decide apartarse de la posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia en los últimos años, según la cual corresponde al empleador cancelar la totalidad de los periodos en disputa por ser el responsable de su reconocimiento y en su lugar, propone una condena proporcional al monto por el cual la Ley 90 de 1946 le exige responder tanto al empleador como al trabajador, declarando una concurrencia en el pago de las cotizaciones necesarias para acceder al beneficio pensional, del empleador (75%) y del trabajador (25%). En tanto no hubo culpa alguna del empleador al no realizar los aportes en su momento; razón por la cual era desproporcionado que asumiera toda la deuda (Colombia. Corte Constitucional, 2020).

Bajo este análisis, la Sala estima que exigir a una empresa la totalidad de los aportes adeudados tiene una connotación sancionatoria, pensada para los casos en los cuales debiendo afiliarse al trabajador el empleador omite su obligación. Por tanto, en la situación objeto de análisis la no contribución de aportes por parte del empleador no responde a un capricho por parte de éste, sino a la ausencia de cobertura por parte del ICSS, es así como debe hacerse uso de una solución equitativa que distribuya proporcionalmente las cargas, tanto para el trabajador como para el empleador, al responder por esos aportes dejados de cotizar por falta de reglamentación y que resultan necesarios para la consolidación del derecho pensional, reiterando que, a diferencia de la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia, se estima que cobrar la totalidad de los aportes al empleador sería afirmar que fue su responsabilidad la no entrega de esos dineros, lo cual es incorrecto.

Del estudio de esta sentencia, se encuentra que la postura de la Corte Constitucional, resulta menos dura o inflexible respecto a la forma como se viene sancionando a los empleadores por hechos que en principio no deben serle imputables; cuestionándose temas de trascendencia para la toma de decisiones de la talla que representa este tipo de litigios, como lo es, la falta de reglamentación en la contribución de los aportes en los tiempos que no hubo cobertura por parte del ICSS y por ello, asumir una solución en la que la distribución de cargas fuera equitativa tanto para el trabajador como en el empleador, de forma que no recaiga sólo en una parte la responsabilidad de asumir la totalidad de aportes adeudados.

A postura de la Sala, se proponen tres reglas salomonicas para sanjar las insuficiencias ocasionadas por los yerros del anterior sistema. Para ello, el empleador no responderá por la totalidad de tiempos laborados dejados de cotizar sino por los restantes que se requieran para cumplir el requisito de la pensión; hará las cotizaciones sobre el salario mínimo que correspondía a la época de la relación laboral y el trabajador deberá responder en proporción con el porcentaje que le corresponde del aporte.

3. Probable configuración de responsabilidad del Estado colombiano por ocasionar un rompimiento en las cargas públicas con el cambio de precedente judicial

Las decisiones judiciales (sentencias y autos), son los medios mediante los cuales los jueces administran e imparten justicia, lo que es un fin esencial del Estado, esto es, solucionar conflictos y otorgar derechos, bajo el amparo de los principios constitucionales, como el debido proceso y derecho a la defensa, que garanticen seguridad jurídica a los ciudadanos.

De las decisiones judiciales se desprende la protección de derechos individuales y colectivos de los ciudadanos y la salvaguardia de los principios constitucionales, circunstancia por la cual se ha obligado a los jueces, sin distinción en su jerarquía, a respetar las decisiones judiciales que le preceden a las suyas, en especial las impartidas por las altas cortes, para brindar coherencia en el sistema jurídico colombiano, sin que ello sea contrario a la necesidad de adaptación que requiere el sistema respecto de los cambios sociales y económicos (Colombia. Corte Constitucional, 2008). Es de este modo que se asegura la confianza legítima, la seguridad jurídica, el debido proceso y la igualdad. Así pues, la expectativa de un marco legal confiable, estable y predecible, es fundamento esencial en la construcción del Estado y su adecuado funcionamiento, por lo que es uno de los imperativos de actuación por parte de la administración pública (Rincón Salcedo, 2011).

Indiscutiblemente, el precedente judicial resulta ser vinculante en las decisiones de los jueces, a fin de mantener una congruencia en las decisiones y con ello evitar que con la decisión judicial se transgreda las garantías constitucionales de los ciudadanos (confianza legítima, seguridad jurídica, debido proceso e igualdad) y genere perjuicios que puedan serle imputables al

Estado como garante del ejercicio de la función jurisdiccional; sin que ello cercene la autonomía e independencia de la que gozan las autoridades judiciales.

Por ello, es imperioso que al momento de asumir un cambio jurisprudencial se cumpla con las reglas establecidas en la jurisprudencia y se motive suficientemente los criterios que obligan a dejar de lado las consideraciones que al momento se hacían sobre el caso concreto, sólo así se garantiza que no se está ante una decisión arbitraria que obstaculiza la congruencia en las decisiones judiciales garantizada con el precedente (Arcila Chavarría, 2018).

En Colombia el precedente judicial pasó de considerarse un criterio auxiliar, que servía de criterio a los jueces para tomar las decisiones, a ser reconocida una fuente de derecho, con efecto vinculante y obligatorio a todas las autoridades; así lo advirtió la Corte Constitucional en sus sentencias hito C 104 de 1993, C 836 de 2001 y C 621 de 2015. En ésta última la Corte Constitucional precisó que, bajo una interpretación armónica de los artículos constitucionales 1, 13, 83 y 230, se tiene que el precedente judicial goza de una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su importancia en la consecución de un orden justo y efectividad en los derechos de las personas, por lo que, en caso que una autoridad judicial prima facie debe acogerse a él y en caso que decida apartarse, debe brindar justificación suficiente para no acogerse al precedente (Colombia. Corte Constitucional, 2015).

Siendo de relevancia para la Corte dar reconocimiento al valor de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, por cuanto que, se proporciona coherencia en el sistema jurídico colombiano, lo cual garantiza el derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos y se brinda una mayor seguridad jurídica a los particulares.

Por seguridad jurídica la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha entendido que, es la garantía que se le brinda al ciudadano para identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite. Motivo por el cual, tanto las normas como las decisiones judiciales deben ofrecer garantías de certeza y uniformidad, pues es el único modo de brindar un trato conforme al principio de igualdad (Colombia. Corte Constitucional, 2018).

También lo reflexiona desde el principio de confianza legítima, al precisar que, este principio se entiende como la protección de la estabilidad que generan las decisiones armónicas y coherentes, con las que el ciudadano podrá prever y ordenar su conducta conforme al ordenamiento

jurídico vigente, confiando en que a futuro se conservará tal equilibrio. Por lo tanto, resulta ser más que la protección de la convicción del ciudadano en la estabilidad de las actuaciones del Estado, para convertirse en una exigencia social ineludible a las actuaciones del Estado para garantizar la buena fe y las expectativas legítimas por situaciones derivadas de un comportamiento anterior (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2009a).

No obstante, a pesar de que la regla de obligatoriedad del precedente judicial es aplicable a las autoridades, se ha facultado a estos a que puedan apartarse del precedente siempre y cuando medie manifestación contundente de las razones válidas que los llevaron a apartarse del precedente.

Para la Corte Constitucional, el apartamiento judicial del precedente hace parte de la autonomía de los jueces, siempre y cuando sea suficientemente motivada y responda a razones de: (i) ausencia de identidad fáctica; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; y (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial (Colombia, Corte Constitucional, 2015). Asimismo, explica la Corte que la exigencia de la carga argumentativa del juez para apartarse del precedente es fundamental para evitar la ocasión de un defecto sustantivo que pueda viciar la decisión, en la medida que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe (Colombia, Corte Constitucional, 2014 b).

Al respecto, la sentencia T 102 de la Corte Constitucional, rememora la sentencia T 351 de 2011, para establecer las pautas que deben observarse para advertir cuándo hay un desconocimiento del precedente constitucional. Fijadas así: (i) Fijar el precedente aplicable al caso concreto y las reglas fijadas en la *ratio decidendi*. (ii) Comprobar si la decisión judicial tiene en cuenta el precedente para fundamentar su decisión y evitar transgredir el principio de igualdad. (iii) De no acoger el precedente, verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del mismo conforme las reglas del apartamiento del precedente judicial (Colombia. Corte Constitucional, 2014 a).

Así las cosas, la exigencia que debe soportar el juez para apartarse de la jurisprudencia será el la de tener que proporcionar una carga argumentativa que justifique su decisión. (Colombia. Corte Constitucional, 2015). De lo contrario, se estaría ante un cambio arbitrario y caprichoso del precedente, el cual genera perjuicios y afectaciones a las garantías constitucionales que éste defiende.

En ese orden de ideas (..) para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho. (Colombia. Corte Constitucional, 1998)

Para el caso que nos ocupa, se cuestiona no sólo la falta de argumentación por parte de la Corte Suprema de Justicia en la providencia 32.922 del año 2009 y de la Corte Constitucional en sentencia T 784 de 2010, para apartarse del precedente que al momento era congruente y unificado, desconociendo en general las reglas precitadas del precedente, sino que, también se reprocha que en estas providencias se desconoce lo dispuesto por el literal c del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y lo dicho en la sentencia C 506 de 2001; generando un ambiente de inseguridad jurídica que acarreó obligaciones patrimoniales sin disposición legal, sobre individuos que obraron de buena fe y confianza legítima respecto de la disposición normativa que al momento regía las situaciones fácticas puestas en cuestionamiento.

Así las cosas, lo que sigue es revisar si se cumplen los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, que dé lugar a una reparación. Con relación a eso, la responsabilidad patrimonial del Estado, incursiona en nuestro sistema jurídico con la Constitución Política de 1991, antes no existía disposición expresa que estableciera la responsabilidad por las actuaciones u omisiones generadas por los entes del Estado (Henaó Pérez, 1996). A la luz del artículo 90 de la Constitución Política, se encuentra estructurada sobre dos elementos a saber: i) el daño antijurídico; y, ii) la imputación.

Desde la doctrina, hay autores que precisan que, la responsabilidad patrimonial del Estado se define en razón a los daños antijurídicos que se causen por la acción u omisión imputable a sus

agentes. Por lo que, el daño antijurídico y la imputación del mismo a la administración, serán los dos postulados que soporten la configuración de la responsabilidad, sin que sea necesario valorar más componentes a efectos de determinarla (Pantoja Bravo, 2015).

Para efectos del caso de análisis, el título de imputación de la responsabilidad del Estado que más se ajusta, es el régimen objetivo del daño especial. Entendido como, el título de responsabilidad de construcción jurisprudencial, que surge del obrar legítimo del Estado, pero que a su vez afecta intereses subjetivos que merecen ser indemnizados por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas (Colombia. Consejo de Estado, 2000).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C 333 de 1996 puntualizó:

Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo. (Colombia. Corte Constitucional, 1996)

Respecto a la igualdad, vale la pena precisar que, es éste el principio rector del mencionado título de imputación, puesto que, si bien los ciudadanos deben soportar las cargas que el Estado le impone para alcanzar los objetivos propios del interés general, cuando hay un trato desproporcionado a uno o varios ciudadanos daría lugar a la reparación por un rompimiento en el trato igual frente a las cargas públicas (Calvo Anillo, 2015).

Bajo esta óptica, se reconoce que, si bien el cambio de jurisprudencia no ocasiona per se un error judicial o falla alguna por parte de los agentes estatales, no es óbice para que, de una actuación legítima del Estado que se ajuste a la legalidad se pueda ocasionar un daño antijurídico cuando impone un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas.

En relación a la concreción de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, por el cambio de precedente que crea la obligación a los empleadores de responder por los aportes

cuando el ICSS no gozaba de cobertura, se tiene que, tanto el daño antijurídico como el factor de imputación le pueden ser atribuibles al Estado, conforme se relacionan a continuación.

Respecto al daño, se entenderá como la aminoración patrimonial sufrida por quien la reclama (Henaó, 1998), por lo que deberá ser personal y determinable (Colombia, Consejo de Estado, 2014). Asimismo, se tiene que, este elemento deberá contar con el carácter de antijurídico. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que, será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito a soportar una lesión en su interés patrimonial (Colombia, Consejo de Estado, 1991). Es decir que, el daño tendrá el tinte de antijurídico cuando se ocasione por una carga que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo (Colombia, Consejo de Estado, 2005).

En el caso concreto, el daño antijurídico está representado en la lesión patrimonial que sufren los empleadores a los cuales se les condenó el reconocimiento de cálculos actuariales, títulos pensionales o pensiones sanción, por incumplir con el aprovisionamiento de aportes y entregarlos al ICSS al momento de afiliar a los trabajadores, sin que sobre la misma mediara disposición normativa y reglamentaria que impusiera la obligación y la forma como habría de ser cumplida.

Por consiguiente, lo innegable es que esta obligación económica fue impuesta a los empleadores a partir del cambio de precedente ocasionado con la sentencia de radicado 32922 del año 2009 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia T 784 del año 2010 de la Corte Constitucional, bajo las cuales, carecen a todas luces de motivación suficiente. Por cuanto que, ambos tribunales se apartan de la interpretación jurisprudencial que hasta el momento se asumía, la cual consistía en absolver a los empleadores de responder el pago de los tiempos previos a la cobertura del ICSS por no existir tal obligación, rechazando inclusive el efecto *erga omnes* de la sentencia C 506 del año 2001, mediante la cual, la Corte Constitucional le da aval de constitucionalidad al literal c del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en el que se establece el régimen de transición aplicable a este tipo de situaciones.

Continuando con los elementos de la responsabilidad, se pasa a analizar el segundo elemento del daño especial, esto es, el juicio de imputabilidad. Siendo este, el elemento mediante el cual se atribuye el perjuicio a una acción u omisión por parte del ente del Estado (Colombia Corte Constitucional, 2002), que a pesar de operar bajo un actuar legítimo que propende por el

interés general en cumplimiento de los fines del Estado, rompe con las cargas públicas que debe soportar el ciudadano que es víctima de la afectación.

En línea con lo expuesto, se deduce que, el rompimiento en las cargas públicas hacia los empleadores que hoy son condenados por una obligación que se crea y se impone con posterioridad a los hechos que la atribuyen le es imputable al Estado bajo tres circunstancias.

La primera, recae en el Congreso de la República al haber omitido legislar la forma en la que los empleadores reconocerían y responderían por los tiempos que estuvieron a su cargo previa cobertura del ICSS, vacío que nace con la creación del Instituto y que perdura en el cambio de régimen pensional con la creación del sistema general de pensiones dispuesto en la Ley 100 de 1993.

La segunda, recae en la Rama Ejecutiva, por no haber reglamentado la supuesta obligación que contiene el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, de responder por las cuotas proporcionales. Pudiendo delimitar la forma en como debía reconocerse los pagos.

La tercera, recae en la Rama Judicial en cabeza de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, quienes por aliviar la omisión legislativa y evitar frustraciones en los derechos pensionales de las personas a quienes les afectó la carencia normativa, optan por cambiar el precedente sin cumplir con las reglas para apartarse del mismo, conforme lo expuesto, sería, (i) el reconocer la existencia de un precedente que había determinado unas reglas concretas para fallar el caso en conocimiento y (ii) argumentar las razones por las cuales ese razonamiento no le era aplicable al caso concreto o el desacuerdo en el razonamiento del precedente que obligó a apartarse del mismo. En su lugar, optaron por imponerles a los empleadores, cargar con las consecuencias del vacío normativo, atribuyéndoles el pago de cuantiosos cálculos actuariales. Siendo esta última una consecuencia que sólo se le puede atribuir a quien no cumple un deber legal reglamentado previamente y no a quien obró bajo un actuar legítimo, imponiendo una carga que no le corresponde y es la de subsanar las consecuencias de un vacío normativo que en nada le puede ser atribuible, porque no hace parte de la órbita del empleador sino que era una obligación que es exclusiva del Estado y por tanto, es éste el único responsable de las consecuencias negativas en los estados pensionales de esos trabajadores que hoy acuden a las instancias judiciales para no ver frustrados sus derechos pensionales.

En síntesis, al Estado le podrían ser imputables los daños antijurídicos ocasionados no sólo a partir del cambio de la jurisprudencia, sino que, también desde la omisión legislativa y reglamentaria. Ya que guardan una relación directa, pues desde la omisión legislativa y reglamentaria se generó situaciones inciertas y lesivas a derechos que hoy son fundamentales, y que luego fueron advertida por los jueces, quienes por brindar un ambiente garantista respecto de los derechos pensionales de los desprotegidos por la ley, tomaron la vía de hacer responsables económicamente a los empleadores (que obraron de buena fe y bajo confianza legítima ante el sistema normativo que los regía en ese momento); sin advertir en ningún momento que más allá de lo ocurrido dentro de la relación laboral, hubo un actor de peso en la encrucijada pensional y que en últimas es el responsable de los perjuicios sufridos en las expectativas pensionales de esos trabajadores.

Rompiendo con ello, con el trato equitativo respecto de las cargas públicas, pues como viene de verse y tal como el mismo precedente lo admite, se quebranta el principio de confianza legítima que debe guiar las actuaciones tanto de la administración como la de las autoridades judiciales, por dar prevalencia a los principios de la seguridad social, condenando a los empleadores a responder por el pago de los cálculos actuariales, obligación creada desde la jurisprudencia.

Conclusiones

El seguro social obligatorio se estableció en Colombia a partir de la Ley 90 de 1946, con la creación del ICSS, con la finalidad de que a su cargo quedara la cobertura de las prestaciones derivadas de los riesgos de invalidez, vejez y muerte. No obstante, la asunción de los riesgos fue tardía y deficiente, puesto que, la reglamentación del sistema de pensiones sólo se concretó con la expedición del Decreto 3041 de 1966, que establecía todos los parámetros que regirían el sistema de pensiones y avaló el llamamiento a afiliación de los primeros grupos poblacionales a los que se le brindaría cobertura. Llamamientos que empezaron a hacerse efectivas en las principales capitales del país en el año 1967.

Ninguna de las normas previas al Sistema General de Pensiones estableció la obligación para el empleador de pagar los aportes respecto del lapso en que no hubo cobertura por parte del

ICSS, pues su carga en ese momento estaba en el seguir cumpliendo con las prestaciones que le impuso la Ley 6° de 1945.

En consecuencia, ante la inexistencia de disposición normativa que obligara reconocer dichos aportes, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia fue reiterada en absolver a los empleadores de reconocer el pago de cálculos actuariales, en tanto que a su cargo estaría la obligación de responder por aportes a partir del momento en el que el ICSS hiciera el llamamiento a afiliarse. Lo contrario, equivaldría a imponerle una doble carga, inequitativa al empleador, en tanto que, durante ese tiempo el trabajador no estuvo desprotegido por cuenta de su empleador, pues éste brindó la cobertura que prevía el anterior sistema.

No obstante, con el cambio de jurisprudencia ocasionada con las sentencias 32.922 de 2009 de la CSJ y la T 784 de 2010 de la Corte Constitucional, se abandona la postura consolidada y se hace una interpretación extensiva del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, creando la obligación de aprovisionamiento de recursos por parte de las empresas privadas desde 1967 que entra a regir el reglamento del sistema de pensiones hasta el momento que se ocasionara la cobertura en el lugar de la prestación del servicio de los trabajadores sobre los cuales tuviera a cargo la obligación de afiliarse. Lo anterior, con el fin de generar una responsabilidad en cabeza de los empleadores de asumir el reconocimiento de los periodos laborados en los tiempos que el ICSS no tuvo cobertura en la contingencia de IVM; misma que hoy sigue siendo usada como factor de imputación para declarar la responsabilidad de pagar cálculos actuariales. Pudiéndose determinar que, con el precedente con el que a la fecha se cuenta, ambas Cortes a causa de subsanar un vacío reglamentario a cargo del legislador, han proferido bastas providencias desde las cuales se carga a los empleadores de sector privado, bajo el *modus operandi* de la responsabilidad objetiva, esto es, de responder por las afectaciones ocasionados en los estados pensionales de los trabajadores que tuvieron a cargo, de modo que prevalezcan los principios que rigen la seguridad social, por encima de la confianza legítima y seguridad jurídica, en tanto que, se crearon obligaciones patrimoniales sobre situaciones plenamente consolidadas.

Situación que genera una encrucijada a ambas partes de la relación laboral. Por parte de los empleadores, no contar con reglamentación que hiciera efectivos los tiempos que se laboraron por falta de cobertura del ICSS en esos lugares, sin que se les permitiera la afiliación de esos

trabajadores antes del llamamiento; es decir, que estuvieron amparados bajo un actuar legal, toda vez que no existió disposición normativa y reglamentaria que previera la situación y obligara al empleador hacer un aprovisionamiento de los aportes en relación al tiempo que le tomaría al ICSS brindar cobertura y mucho menos, la forma en la que el Instituto recaudaría al momento de la afiliación, los títulos pensionales que expediría a su favor por los tiempos laborados previamente a la cobertura.

Por otro lado, están los trabajadores que pese todo el esfuerzo de haber laborado durante años, encuentren frustrado el derecho a pensionarse por no ver reflejados esos tiempos que no fueron aportados por falta de cobertura. Generando en ambos, un rompimiento de trato igual frente a las cargas públicas que como administrados se está obligado a soportar, puesto que, son consecuencias derivadas de un sistema público de aseguramiento que desde su inicio fue irregular y deficiente.

Quedando por fuera de la encrucijada, un actor fundamental en todo este declive pensional, el Estado, quien inicialmente se pensó como actor activo en una relación tripartita en el sistema de aporte a pensiones, pero de facto omitió todas sus obligaciones en materia pensional; puesto que, no sólo no respondió por la proporción de los aportes que estaban a su cargo, sino que, su actuar fue tardío e ineficiente en garantizar una cobertura nacional del sistema pensional a cargo del ICSS y en la previsión de reglamentación de la forma en la que el instituto expediría títulos pensionales a su favor por los tiempos laborados previos a la cobertura.

De cara a la Responsabilidad Patrimonial del Estado, se concluye que, el cambio jurisprudencial advertido por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se da bajo el desarrollo de una actuación legítima del Estado. No obstante, de este se ocasionó un rompimiento en las cargas públicas al crear una obligación patrimonial que no estuvo contenida en ninguna de las normas que rigió las relaciones laborales que finalizaron previo la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (es decir, sobre situaciones consolidadas), bajo el amparo de un precedente arbitrario y caprichoso, que nació a partir de dos sentencias que se apartaron tanto del precedente reiterado sobre la material, como de lo dispuesto en el literal c del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 avalado en constitucionalidad por la Sentencia C 506 de 2001, sin la carga argumentativa suficiente que exige la jurisprudencia para apartarse del precedente. Por tanto, se puede afirmar del

análisis del escrito que, efectivamente se estructuran los elementos que permiten atribuirle la responsabilidad al Estado en el rompimiento de las cargas públicas ocasionados con el cambio del precedente judicial en materia de condena a empleadores por los aportes que no se hicieron al momento del ICSS no brindar cobertura.

Referencias

- Arcila Chavarría, A. (2017). *La responsabilidad del Estado por la no aplicación del precedente jurisprudencial*. UNAULA.
- Calvo Anillo, K. (2015). El daño Especial: Una Construcción Jurisprudencial. *Revista de Derecho*. (Vol. 36 No.1, p. 29-35).
- Colombia. Consejo de Estado. (1991). *Sentencia 6515 de 1991: acción incoada en contra de la Nación Colombiana —Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional—, a que se le declare responsable de los perjuicios sufridos por los accionantes con ocasión de la falta o culpa en la prestación del servicio público de conservación de carreteras*. C.P. Julio César Uribe Acosta. Consejo de Estado.
- Colombia. Consejo de Estado. (2000). *Sentencia 13329 del 2000: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la NACION (Ministerio de Defensa) de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de la muerte de O.J.R.J.* C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado.
- Colombia. Consejo de Estado. (2005). *Sentencia 27842 del 2005: acción de reparación directa en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá para que se le declarara patrimonialmente responsable de los perjuicios causados por la inaplicación de la ley 115 de 1994 y del decreto 2253 de 1995*. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Consejo de Estado.
- Colombia. Consejo de Estado. (2014) *Sentencia 29004 del 2014: Acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se declare administrativamente responsable de las lesiones causadas al menor JAIRO OMAR CASTRO MANRIQUE, al ser objeto de un disparo con arma de dotación oficial por parte*

del Agente de la Policía Nacional. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejo de Estado.

Colombia. Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-333 de 1996: la Corte examina el alcance del concepto de daño antijurídico que fundamenta la responsabilidad patrimonial del Estado, con el fin de determinar si la norma acusada lo contradice o por el contrario lo desarrolla. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.*

Colombia. Corte Constitucional. (1998) *Sentencia C-400 de 1998: La Corte procede a estudiar la constitucionalidad del tratado de Viena del 21 de marzo de 1986 y de su Ley aprobatoria No. 406 del 24 de octubre de 1997, tanto por motivos de fondo como por razones de forma.*

Colombia. Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-619 de 2002: la Corte se refiere previamente al fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes. Con base en ello, hará mención a la naturaleza jurídica y alcance de la acción de repetición y de la responsabilidad fiscal. M.P Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional.*

Colombia. Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C.506 de 2001: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 33, 115, 119 y 120, todos parcialmente, de la Ley 100 de 1993. MP. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional.*

Colombia. Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C.335 de 2008: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 33, 115, 119 y 120, todos parcialmente, de la Ley 100 de 1993. MP. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional.*

Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sala Octava de Revisión, *Sentencia T.784 de 2010: Acción de tutela instaurada contra Texas Petroleum Company y/o Chevron Petroleum Company. Derecho a la seguridad social- Vulneración por cuanto periodo trabajado por parte del actor vinculado a la industria del petróleo no fue tenido en cuenta para acceder a la pensión de jubilación. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.*

Colombia. Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T.814 de 2011: Acción de tutela instaurada por Guillermo Efraín Caicedo Jurado contra la Embajada del Reino de los Países Bajos ante Colombia y el Instituto de Seguros Social, para reconocimiento de pensión sanción. Mp. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.*

Colombia. Corte Constitucional. (2014 a). *Sentencia T 102 de 2014: Acción de Tutela contra providencia judicial por defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial. instaurada por Nolberta del Toro Rentería y otros, contra la Sección Tercera del Consejo de Estado.* Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional. (2014 b). *Sentencia T 435 de 2014: La Corte aborda brevemente los siguientes temas: la posible existencia del deber del empleador de reconocer tiempos de aportes al Sistema mientras su trabajador no estaba afiliado al ISS y al momento inicial de la sustitución del riesgo no había completado 10 años de servicios; y los principios constitucionales de favorabilidad e in dubio pro operario, con fines de reunir requisitos de la pensión de vejez.* M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional. (2015). *Sentencia C 621 de 2015: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7 (parcial) de la Ley 1564 de 2012.* M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2018). *Sentencia SU 072 de 2018: le corresponde establecer si en el expediente T-6.304.188 el Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo al aplicar un régimen de responsabilidad objetiva desconociendo el precedente de la sentencia C-037 de 1996.* M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Corte Constitucional.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (1996). *Sentencia Rad.8453 de 1996: Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por Raúl Amaya González contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 1995 por el Tribunal Superior de Medellín, para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.* MP. Germán Valdés Sánchez. Corte Suprema de Justicia.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2009 a). *Sentencia del 2009 de Referencia: 11001-02-03-000-2005-00251-01. se pidió declarar civilmente responsable a la sociedad demandada por no cancelar la indemnización del siniestro acontecido el 18 de abril de 2001 a causa del hurto de las mercancías transportadas conforme al contrato de seguro automático de transporte.* M.P. William Namén Vargas. Corte Suprema de Justicia.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2009 b). *Sentencia del 2009 de Expediente 32.922: determinar si un empleador que, para cuando entró en vigencia el Sistema General de*

Pensiones, tenía afiliado a sus trabajadores en el Sistema de Seguros Sociales Obligatorios, es de aquellos que “que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial correspondiente. M.P. Eduardo López Villegas. Corte Suprema de Justicia.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2014a) *Sentencia SL 9856 de 2014: tema. Pensiones: cómputo de tiempo de servicio o semanas de cotización, tiempo laborado para empleadores que no tenían la obligación de afiliación al ISS. MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón. Corte Suprema de Justicia.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2014b). *Sentencia SL17300. Rad. 45107 de 2014: Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Parmenio de Jesús Zapata Múnera, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el 28 de septiembre de 2009; para que la demandada le pagara al ISS un título pensional por el tiempo que le prestó servicios sin afiliación al sistema de pensiones. MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón. Corte Suprema de Justicia.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2018 a). *Sentencia SL068-2018: Proceso laboral que inició una ciudadana, que en el tiempo laborado no fue afiliada por el empleador por falta de cobertura en su zona de trabajo. En Primera y segunda instancia del proceso ordinario ordenaron a la administradora de Fondo de Pensiones del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL reconocerá el pago de la pensión de vejez a la señora LUZ ELENA VILLA USUGA (sic) (...), sin supeditarlo al cumplimiento de la obligación a cargo del Banco de Bogotá S. A. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Corte Suprema de Justicia.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2018 b). *Sentencia SL 738 de 2018: la afiliación a la seguridad social tiene vocación de permanencia aun cuando el trabajador es trasladado a un lugar donde el empleador no tuviera la obligación de afiliarlo al ISS por falta de cobertura. MP. Rigoberto Echeverri Bueno. Corte Suprema de Justicia.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2022). *Sentencia SL1378 de 2022: La Sala decide el recurso de casación interpuesto por WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., el 19 de septiembre de 2019. Corte Suprema de Justicia.*

Henao, J. C. (1996). *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*. Memorias, (pp. 731–803). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Henao, J. C. (1998). *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Colombia. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. (S.F.). *Exposición de Motivos del proyecto de Ley 100 de 1993*. (s.f.).

https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/xp_exm_10100_93.htm

Pantoja Bravo, J. (2015). *Derecho de daños*. Leyer.

Rincón Salcedo, J. G. (2011). *Seguridad jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacia un Derecho eficiente*. Universidad Javeriana.