


SUBSANACIÓN DEMANDA INCONSTITUCIONALIDAD-14.270**LUIS ALFONSO BRAVO** <bravorestrepoabogados@gmail.com>

Mar 08/06/2021 15:40

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co> 2 archivos adjuntos (1 MB)

SUBSANACIÓN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD D-14.270 - DUPLICADO.pdf; SUBSANACIÓN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD D-14.270.pdf;

Medellín, 08 de junio de 2021

Señores

CORTE CONSTITUCIONAL

Bogotá D.C.

| | |
|----------------|----------------------------------|
| Referencia : | Demanda de inconstitucionalidad. |
| Demandante : | Luis Alfonso Bravo Restrepo |
| Norma acusada: | Artículo 9 de la Ley 797 de 2002 |
| Magistrado: | Cristina Pardo Schlesinger |
| Radicado : | D-14.270 |
| Asunto : | Subsanación. |

En mi calidad de parte demandante, procedo a cumplir requisito subsanando la demanda según lo señalado en el Auto del 31 de mayo de 2021.

Atentamente,

LUIS ALFONSO BRAVO RESTREPO

CC. 71.022.006

TP. 79.079

Medellín, 08 de junio de 2021

Señores
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá D.C.

Referencia: Demanda de inconstitucionalidad.
Demandante: Luis Alfonso Bravo Restrepo
Norma acusada: Artículo 9 de la Ley 797 de 2002
Magistrado: Cristina Pardo Schlesinger
Radicado: D-14.270
Asunto: Subsanación.

En mi calidad de parte demandante, procedo a cumplir requisito subsanando la demanda según lo señalado en el auto del 31 de mayo de 2021, en los siguientes términos:

1- CORRECCIÓN DE LAS DEFICIENCIAS ADVERTIDAS EN LA INADMISIÓN

Con el fin de corregir las deficiencias advertidas en el auto inadmisorio me permito precisar la argumentación del primer cargo de inconstitucionalidad en aras de satisfacer los requisitos de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia.

PRIMER CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 150-12 Y 338 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y 29 DEL DECRETO 111 DE 1996

1.1. ANTES DE LA LEY 100 DE 1993 NO EXISTÍA OBLIGACIÓN GENERAL Y UNIVERSAL PARA LOS EMPLEADORES DE HACER APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL

Para el despacho de la magistrada Cristina Pardo *el ciudadano no tiene en consideración que la norma demandada hace parte del complejo sistema normativo que regula la seguridad social en pensiones. Los elementos de la contribución parafiscal que el actor echa de menos en la norma demandada son regulados por la correspondiente legislación aplicable a cada uno de las situaciones en las que se encuentre el trabajador. En otras palabras, El artículo 9 de la Ley 797 de 2003 no creó la contribución parafiscal puesto que la obligación de hacer aportes a la*

seguridad social fue establecida por la legislación vigente antes de la Ley 100 de 1993. A continuación me permito subsanar el cuestionamiento solicitado:

La Corte Constitucional ha señalado que antes de la Ley 100 de 1993 no existía obligación general y universal para los empleadores de hacer aportes a la seguridad social y mucho menos de reconocer los tiempos servidos. Al respecto C-117 de 1998,

“(…)es necesario tener en cuenta que antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, Colombia no contaba realmente con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas. Es cierto que existían algunos mecanismos para establecer algunos mínimos vínculos entre las entidades, como el sistema de conmutación pensional, regulado por los decretos 2677 de 1971 y 1572 de 1973, y que permitía que ISS sustituyera a una empresa en el pago de las pensiones cuando se daban unas excepcionales condiciones y previo un trámite legal. Sin embargo, en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas “de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores”^[19]. En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas. Por ello, en la exposición de motivos de la ley 100 de 1993, se señaló al respecto:

“Otro aspecto no menos grave que los anteriores y que ha incidido en el estado de crisis que aqueja a la seguridad social se refiere a la eficacia de la misma. Esta puede analizarse a partir de dos puntos de vista que, aunque independientes, han contribuido al descrédito de las instituciones que prestan los servicios de la seguridad social.

1 Sentencia del 04 de mayo de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero.

“El primero se refiere a la multiplicidad de regímenes, la mayoría de ellos incompatibles entre sí. En efecto, existen más de 1.000 instituciones con funciones de seguridad social, la mayoría, si no todas, con regímenes propios que implican para los beneficiarios graves problemas en la consolidación de sus derechos frente a una expectativa de movilidad laboral. Sólo hasta 1988 con la ley 71 se logró crear un sistema que integrase los diversos regímenes, pero sin embargo este beneficio sólo sería aplicable a partir de 1998. Con la reforma propuesta, se unifican todos esos regímenes a partir de su vigencia y se crean los mecanismos para que esto sea una realidad”^[20].

La Ley 2100 de 1993 creó entonces un sistema integral y general de pensiones, que no sólo permite, como ya se destacó, la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, sino que genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, todo con el fin no sólo de aumentar la eficiencia del manejo de seguridad social sino también de ampliar su cobertura hasta llegar a una verdadera universalidad. Por ello, de conformidad con el artículo 10 de esa ley, ese régimen se aplica a todos los habitantes, con las solas excepciones previstas por esa misma ley. Además se prevé que, a partir de la vigencia ley, y según lo establece el artículo 13, para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos. Y finalmente, como se vio, para corregir injusticias del pasado, se amplían las posibilidades de acumular semanas y períodos laborados antes de la vigencia de la ley”.

El derecho de los trabajadores a que se les reconozca los tiempos servidos en el sector privado antes de 1993 de manera general, universal y sin distinción de ningún tipo es a partir de la Ley 100 tal como lo ha dicho la Corte Constitucional. Al respecto la Sentencia C 506 de 2001:

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

Así las cosas, es precisamente la Ley 100 de 1993 la primera norma en establecer la obligación parafiscal del cálculo actuarial a cargo de empleadores representado en un título pensional, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional referida sentencia C-506 de 2001:

Ahora bien, solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma, para efectos

3 Sentencia del 16 de mayo de 2001, MP. Alvaro Tafur Galvis.

de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la Ley 100)

La ley 100 de 1993 estableció esta nueva obligación, en atención precisamente a la situación preexistente, con el propósito de comenzar a corregir las deficiencias de un régimen que como se ha dicho no se encontraba exento de inequidades y de incongruencias. No debe olvidarse que la propia Carta establece que la ampliación de la cobertura de la seguridad social debe ser progresiva (art. 48 C.P.) y que los derechos prestacionales, como la seguridad social, son de realización progresiva y deben ser satisfechos con recursos económicos e institucionales limitados.

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

Como se puede ver, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

- Antes de la Ley 100 el reconocimiento y pago de pensiones era responsabilidad de algunos patronos, no de todos, sólo de aquellos que cumplieran unos requisitos respecto del capital social y número de trabajadores.
- Antes de la Ley 100 existía una gran variedad y cantidad de instituciones con funciones de seguridad social.
- El derecho a acumular tiempos servidos no existía previamente y como tal sólo surge con la Ley 100 de 1993.
- Con anterioridad a dicha ley los trabajadores privados sólo podían exigir el pago de una pensión por los tiempos servidos a entidades privadas que tuviesen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva.
- Los empleadores no tenían obligación de realizar aportes a ningún sistema de seguridad social, sino únicamente en los casos del cumplimiento de requisitos, reconocer la pensión a que hubiera lugar, sin importar la existencia o no de aportes previos.

Ahora bien, la tesis del despacho es que *los elementos de la contribución parafiscal son regulados por la correspondiente legislación aplicable a cada uno de las situaciones en las que se encuentre el trabajador*, pero lo cierto es que los jueces, en cabeza de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no están aplicando los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 sino el Decreto 1887 de 1994, reglamentario de la norma demandada que precisamente es el único que define los elementos del cálculo actuarial y el título pensional. Dice esta normatividad:

Artículo 3º Determinación del valor de la reserva actuarial. La reserva actuarial a que hace referencia el artículo anterior será calculada de conformidad con la siguiente fórmula y se expresará en pesos sin decimales:

Valor de la Reserva Actuarial = (Pensión de referencia x F1 + AF x F2) x F3

Donde:

1. Pensión de referencia (PR) = Pensión a la que tendría derecho el afiliado a la edad de 57 años si es mujer o 62 si es hombre calculada de conformidad con la siguiente fórmula. Ese valor se expresará en pesos sin decimales.

a) Si $(n + t) \times 52 > 1.000$ y $(n + t) \times 52 < 1.200$

$PR = SR \times \{0.65 + 0.02 \times [(n + t) \times 52 - 1.000] / 50\}$

b) Si $(n + t) \times 52 > 1.200$

$PR = SR \times \{0.73 + 0.03 \times [(n + t) \times 52 - 1.200] / 50\}$

Donde:

SR = Salario de referencia calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del presente Decreto. Este valor se expresará en pesos sin decimales.

t = Número de años y fracciones de año de cotización o de servicios al 31 de marzo de 1994. Este resultado se expresará con cuatro decimales.

n = Diferencia entre la edad en años completos utilizada para determinar el salario de referencia de la reserva actuarial y la edad en años cumplidos al 31 de marzo de 1994.

La pensión de referencia no podrá ser superior al 85% del salario de referencia, ni de quince veces el salario mínimo legal mensual vigente al 31 de marzo de 1994. En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente a la misma fecha.

2.F1 = Factor de capital necesario para financiar una pensión unitaria de vejez y de sobrevivientes a la edad utilizada para el cálculo del salario de referencia de la reserva actuarial

3.AF = Valor del Auxilio Funerario que se determina así:

AF = 5 x SM si Pensión de Referencia < 5 x SM

AF = Pensión de Referencia si 5 x SM < Pensión de Referencia < 10 x SM

AF = 10 x SM si Pensión de Referencia > 10 x SM

SM = Salario mínimo legal mensual vigente al 31 de marzo de 1994.

4.F2 = Factor calculado a la edad utilizada para el cálculo del salario de referencia de la reserva actuarial para garantizar el pago del auxilio funerario.

5.F3= Factor de Capitalización de acuerdo al tiempo cotizado que se determina de conformidad con la siguiente fórmula, este factor se expresará con seis decimales:

$F3 = [(1.03)^t - 1] / [(1.03)^{n+1} - 1]$

Así las cosas, tanto el Gobierno Nacional como los jueces ordinarios consideran que los regímenes anteriores a la Ley 100 han quedado subsumidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y esta es la realidad actual.

En efecto, en una sentencia, catalogada de relevante por el mismo sistema de consulta de jurisprudencia de la Corte Suprema es la sentencia SL1438-2015 del 20 de octubre de 2015 MP. Rigoberto Echeverry Bueno. La providencia abordó el caso de un trabajador que laboró para una empresa privada entre el 12 de enero de 1976 y el 2 de septiembre de 1988 pero que en su historial laboral no aparecían las cotizaciones correspondientes a dicho vínculo y por tanto demandaba del empleador el pago de los aportes de dichos períodos para efectos de acceder a la pensión de vejez que habría de reconocerle el ISS.

En dicha providencia la Corte delineó los derroteros que han venido aplicándose en lo sucesivo en casos similares, en los siguientes términos:

La Corte reprochó que el Tribunal haya negado la posibilidad de que la omisión en la afiliación del actor al sistema de pensiones se resolviera con arreglo a las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos. Para la Corte era precisamente la Ley 100 la llamada a definir los efectos de la falta de afiliación o de mora en el pago de los aportes para los períodos anteriores a su vigencia. Así se pronunció:

Específicamente, frente a la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, en torno a los efectos de las omisiones de afiliación al sistema de pensiones, generadas con anterioridad a su vigencia, que el Tribunal Negó y que la censura reclama, la Sala ha sostenido que el propósito de esas normatividad fue precisamente el de referirse a los incumplimientos de las obligaciones del empleador, dados con anterioridad a la expedición del sistema integral de seguridad social, por lo que la aptitud de esas reglas, para regular esas situaciones, además de lógica, es clara y acorde con los principios de aplicación de ley laboral en el tiempo.

Para la Corte, esta postura se deriva del carácter restrospectivo (aunque en realidad lo que hace es una aplicación retroactiva) que tienen las normas de seguridad social, de ahí que *en la actual evolución jurisprudencial de la Sala* se haya adoptado la posición de establecer que es la Ley 100 de 1993 la que regula las consecuencias de la falta de afiliación o la mora en el pago de aportes por períodos anteriores a esta normatividad.

Esta interpretación del Gobierno y de la justicia laboral Laboral es la que se aplica, la que se impone y es lo que la Corte Constitucional ha entendido como doctrina del derecho viviente, según la cual:

En efecto, cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una incompatible con la Constitución -como sucede en este caso a juicio del demandante- la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tenida en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad. Si esta interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, acogerla salvo que sea incompatible con la Constitución.

Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto –bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción. Así lo ha establecido la Constitución al definir al Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” (art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar

el significado viviente de las normas demandadas. Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.

Así las cosas, pese a que el despacho sustanciador de la presente demanda considera, al realizar una lectura de la disposición acusada, que los elementos de la contribución parafiscal están dados en la legislación vigente antes de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que los jueces aplican esta última de manera restrocativa para las relaciones labores causadas con anterioridad de la Ley 100, y al momento de condenar al pago del cálculo actuarial no lo hacen con base en dichas leyes, sino conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que se reitera no estableció de manera completa los elementos del tributo, en especial la base gravable y la tarifa.

A pesar de que estamos de acuerdo con lo que afirma el Despacho de que lo aplicable, para efectos del cálculo del título pensional debería ser la normatividad vigente antes de la Ley 100 en cualquiera de sus más de regímenes, lo cierto es que los jueces aplican es el cálculo actuarial contenido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y en el Decreto Reglamentario 1884 de 1997 que estableció la base gravable y la tarifa del tributo ante el silencio del legislador. Es precisamente este último argumento el fundamento del cargo de inconstitucionalidad.

1.2. CON EL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 797 DE 2003 EL LEGISLADOR ESTABLECIÓ UNA VERDADERA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL

Para el despacho sustanciador *la disposición demandada se limitó a exigir que los empleadores o cajas tenían la obligación de hacer o retener los aportes para la pensión de los trabajadores, transfieran dichos recursos a los fondos en los que, en la actualidad, estén afiliados los trabajadores.*

La Corte Constitucional ha dicho lo siguiente en las sentencias C-117 de 1998 y C-506 de 2001:

- Antes de las Ley 100 el reconocimiento y pago de pensiones era responsabilidad de algunos patronos, no de todos, siempre que cumplieran unos requisitos respecto del capital social.
- Antes de la Ley 100 existían más de 1000 instituciones con funciones de seguridad social.
- El derecho a acumular tiempos servidos no existía previamente y como tal sólo surge con la Ley 100.

- Con anterioridad a dicha ley los trabajadores privados no podían exigir el pago de una pensión por los tiempos servidos a entidades privadas que tuviesen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si no cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva.
- Los empleadores no tenían obligación de realizar aportes a ningún Sistema de seguridad social, sino únicamente en los casos del cumplimiento de requisitos, reconocer la pensión a que hubiera lugar, sin importar la existencia o no de aportes previos.

A su vez la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 9 de Ley 797 de 2003, ha condenado a empleadores a que antes de la Ley 100 de 1993 no tenían la obligación de hacer o retener aportes a pensión, como es el caso de aquellos lugares en que ni siquiera el ISS tenía cobertura:

Una primera muestra de la doctrina defendida por la Sala, está reflejada en su postura frente a aquellos casos en los que se verificaba una falta de afiliación del trabajador, no por la omisión del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio.

Así, a partir de sentencia como las CSJ SL9856-2014 y SL17300-3014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones: (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos en que el trabajador no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, es facilitar que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Es decir que, la disposición acusada se estableció una contribución parafiscal a la que muchos empleadores no estaban obligados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual se traduce en un cálculo actuarial cuya base gravable y tarifa no están reguladas en la ley sino únicamente en el Decreto reglamentario 1887 de 1994.

Al ser las contribuciones parafiscales de carácter tributario deben cumplir con los principios de legalidad y certeza previstos en los artículos 150-12 y 338 de la Constitución. En un Estado democrático como el nuestro (art. 1º), la ley es aquella norma que representa la capacidad de autonormación de la colectividad, de la cual emana el poder público (art. 3) y por tanto sólo el Legislador, como representante del pueblo, puede establecer las normas más importantes y sensibles entre las que están las tributarias, que las rige el principio de reserva de ley. Así, es la ley la que debe

establecer el sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa⁴, elementos esenciales del tributo que no pueden ser establecidos ni determinados por un órgano diferente al Legislador. Ello es lo que da seguridad jurídica a toda la colectividad, máxime en la nuestra donde tenemos un Estado unitario (art. 1° C.P.).

Esta facultad del Legislador en ningún momento puede ser asumida por el Ejecutivo, quien si bien tiene la potestad reglamentaria (art. 189-11 C.P.), su campo de acción no es creador ni autónomo, ya que es residual, dentro del espacio que le permite la ley⁵.

Esta situación lo que genera es una transgresión del principio de certeza tributaria en virtud del cual, según lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-511 de 2019:

Esta corporación ha sostenido que la declaratoria de inexecutable por infracción del principio de certeza tributaria concurre “cuando de la prescripción dispuesta por el Legislador no sea posible dilucidar el contenido del elemento estructural del tributo.”, o cuando la indefinición de los elementos esenciales del tributo se torna “irresolubles, por la oscuridad invencible del texto legal que no hace posible encontrar una interpretación razonable sobre cuáles puedan en definitiva ser [su]s elementos esenciales”, por cuanto al alcanzar tal grado de imprecisión, la misma atenta contra lo dispuesto en el artículo 338 de la Carta Política, pues conllevaría que las autoridades encargadas de ejecutarla se vean llamadas a completar los vacíos o indeterminaciones de la regulación legal, con lo cual estas terminarían definiendo a su vez aspectos esenciales de los elementos constitutivos del gravamen cuyo establecimiento es competencia del Congreso. (Negritillas y subrayas fuera del texto)

Con lo anterior, cumplo con los criterios de certeza, claridad y especificidad para efectos de que el cargo formulado en contra de la disposición acusada por violar los artículos 150-12 y 338 de la Constitución pueda ser estudiado

1.3. EL LEGISLADOR, PESE A ESTABLECER UNA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL, SÓLO IDENTIFICÓ EL SUJETO ACTIVO PERO NO ESPECIFICÓ LOS DEMÁS ELEMENTOS DEL TRIBUTO

Para el despacho sustanciador, *en gracia de discusión, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 si identifica con claridad cuál es el sujeto activo de la contribución parafiscal.* Si bien es cierta esta circunstancia y por tanto se corrige, es procedente manifestar que además del sujeto activo son elementos del tributo la base gravable y la tarifa, las cuales sí se echan de menos en la disposición acusada.

⁴ Según el artículo 338 de la Constitución, en materias de tasas y contribuciones es posible que la tarifa no esté en la ley, pero sí debe de estar el método y el sistema para su determinación.

⁵ Puede consultarse la Sentencia C-740 de 1999.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-511 de 2019, define la base gravable:

*iii) **Base gravable:** ha sido definida por esta Corporación como: “... la magnitud o la medición del hecho gravado, a la cual se le aplica la correspondiente tarifa, para de esta manera liquidar el monto de la obligación tributaria” se trata de la cuantificación del hecho gravable sobre el que se aplica la tarifa.*

Es absolutamente incuestionable que la base gravable es inexistente en la disposición demandada. Ciertamente, aquí no se sabe cuál es la magnitud o la medición del hecho gravado al cual se le debe aplicar la tarifa para de esa manera determinar el monto de la contribución. No se especifican elementos como el monto del salario a tener en cuenta ni parámetros similares. La norma demandada es aplicable a los literales *b)*, *c)*, *d)* y *e)* del artículo 9 de la Ley 797 de 2004, los cuales consagran situaciones muy diferentes, pues en ellos se hace referencia a que para otorgar la pensión se tendrá en cuenta el tiempo como servidores públicos incluyendo regímenes exceptuados (dentro de este grupo hay una variedad inmensa), el tiempo servido a empleadores que tenían a cargo las pensiones de sus trabajadores, el tiempo a cargo empleadores que no hubiesen afiliado a sus trabajadores a pensiones y al tiempo cotizado en cajas que tenían a cargo las pensiones, variedad de situaciones que no se pueden obviamente estandarizar en el concepto sin contenido de “cálculo actuarial”.

En definitiva, la norma sólo dice que se hará un “cálculo actuarial”, pero no determina cuáles son los elementos que se tendrán en cuenta para hacerlo, ni señala cuál será la base gravable que servirá de parámetro. Una norma tributaria no puede abstenerse de regular sus elementos esenciales y decir simple y llanamente que remite a una figura (cálculo actuarial) que tampoco desarrolla ni precisa en la Ley 100 ni en ninguna otra ley.

La tarifa es otro requisito esencial de las normas que consagra tributos y que no está regulada en la norma demandada. La tarifa, en la sentencia que venimos citando, es definida así:

*iv) **Tarifa:** debe entenderse como la magnitud o el monto que se aplica a la base gravable y determina el valor final del tributo que debe sufragar el contribuyente.*

Brilla por su ausencia la tarifa en la disposición demandada, pues esta norma no señala cuál es el monto o magnitud que ha de aplicarse a la base gravable (la cual tampoco está en la norma, como lo acabamos de ver) para determinar el monto que se debe de pagar por el tiempo no cotizado y que estaría a cargo del empleador o caja. Ante este vacío, la norma simplemente remite a que el valor será determinado según un “cálculo actuarial”, lo cual de ninguna forma puede ser la manera de evitar regular la tarifa a tener en cuenta a la hora de determinar el valor a pagar en un tributo o contribución.

La Constitución en su artículo 338 ha señalado que es posible que la ley permita que sean las autoridades las que fijen la tarifa de las tasas y contribuciones a cobrar a los contribuyentes según los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen, *pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley*. Sobre el sistema y el método la Corte Constitucional en sentencia C-155 de 2003 dijo:

En efecto, un sistema “se define por el hecho de no ser un simple agregado desordenado de elementos sino por constituir una totalidad, caracterizada por una determinada articulación dinámica entre sus partes”⁶. Supone coherencia interna para relacionar entre sí los componentes de un conjunto, que en el ámbito tributario representan la combinación de reglas y directrices necesarias para determinar los costos y beneficios de una obra o servicio, así como la forma de hacer su distribución.

Por su parte, el método está referido a los pasos o pautas que deben observarse para que los componentes del sistema se proyecten extrínsecamente. Así, constituye el procedimiento a seguir con el objeto de determinar en concreto el monto de la obligación tributaria”.

Es más que evidente que en la norma demandada no se regula cuál es el sistema donde se consagran reglas y directrices necesarias para determinar los costos y beneficios del servicio, así como la forma de hacer su distribución. Tampoco precisa el método, pues no contiene los pasos o pautas que deben observarse para que los componentes del sistema se proyecten extrínsecamente, ya que no hay en la norma demandada un procedimiento a seguir con el objeto de determinar en concreto el monto de la obligación tributaria que definir la tarifa para hacer el cálculo actuarial, todo lo cual viola claramente los principios de certeza y legalidad de la obligación tributaria.

En definitiva, los conceptos “cálculo actuarial” y “título pensional” no están definidos en la Ley 100 ni en ninguna otra ley. No se sabe qué fórmulas ni elementos deben tenerse en cuenta para hacer el cálculo actuarial y traer a valor presente unos recursos económicos. Se abstiene la ley de decir quién hace el cálculo actuarial y en qué momento. Tampoco se sabe qué es el “título pensional”, quién lo emite, qué elementos contiene, si prestan o no mérito ejecutivo, no se señala el procedimiento para su emisión. Como puede verse, estos conceptos que trae la norma demandada se tratan de expresiones absolutamente indeterminadas, vacías, sin contenido, sin los más mínimos elementos de regulación legal, donde no se dice qué elementos o fórmulas deben tenerse en cuenta para su elaboración y que dan paso para permitir una deslegalización del tributo, lo cual viola claramente el principio según el cual no hay contribución sin representación, propio de nuestro estado democrático de derecho. Esta norma ha llevado a que el Ejecutivo tenga una discrecionalidad absoluta, no para

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 2002 MP. Eduardo MontealgreLynett.

reglamentar, sino para llenar los vacíos dejados por el Legislador, lo que a todas luces viola el artículo 336 de la Constitución.

Esto conllevó que el Gobierno Nacional, como autoridad encargada de ejecutar tal disposición, de manera arbitraria haya llenado los inmensos vacíos dejados por la norma demandada, y por ello expidió el Decreto 1887 de 1994, mediante el cual se reglamentan los títulos pensionales, el cual sí contiene todos los elementos del tributo.

Así las cosas, damos por cumplido el requisito de admisibilidad respecto del primer cargo de que la norma demandada viola claramente los artículos 150-2 y 338 de la Constitución y 29 del Decreto 111 de 1996, por no cumplir los principios de legalidad y certeza del tributo.

1.4. EL TÍTULO PENSIONAL Y EL CALCULO ACTUARIAL SON EL TRIBUTO MISMO Y NO UN ELEMENTO DE ESTE

Se afirmó en el auto que inadmitió la demanda en cuanto a la falta de definición de los términos título pensional y cálculo actuarial *que estos no corresponden a ninguno de los elementos esenciales del tributo y por tanto, que el legislador no los defina no implica la vulneración de los principios de legalidad y certeza tributaria.*

Se complementa el cargo en el sentido de indicar que más allá de la obligación del legislador de definir tales conceptos, lo que se aduce en la demanda es que estos conceptos son el tributo mismo, y no elementos esenciales de la contribución parafiscal, y que por tanto en virtud del principio de certeza tributaria, debía el legislador establecer todos los elementos, entre ellos la base gravable y la tarifa.

Así las cosas, si la contribución parafiscal contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 corresponde a un título pensional calculado con base en la reserva actuarial más que definir qué se entiende por estos conceptos, le correspondía al legislador establecer los elementos de dicha contribución, especialmente la base gravable y el tributo, que son los que se echan de menos tanto en la disposición acusada como en cualquier otra normatividad de rango legal.

1.5. EL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 797 DE 2003 VULNERA EL ARTÍCULO 29 DEL EOP

Dice el Decreto 111 de 1996 en su artículo 29:

“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.”

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que no forman parte del Presupuesto General de la Nación, independientemente de su naturaleza jurídica, se incorporarán en un presupuesto independiente que requerirá la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal (Confis), salvo aquellas destinadas al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social [...]”.

Si bien inicialmente con la demanda se dijo que el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 vulneraba el artículo 29 del EOP, se hace la claridad de que la inclusión de dicha norma no es a título de disposición superior infringida, y que por tanto el EOP se trae a colación como criterio orientador de lo que debe entenderse por contribución parafiscal, y de cómo debe ser impuesta por el legislador. Es decir, que en la demanda sólo se hizo referencia a ella con el propósito de ayudar a comprender el alcance del término contribución parafiscal. Pero se reitera, que el cargo contra el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 es por violar los artículo 150-12 y 338 de la Constitución Política.

En estos términos doy alcance a lo requerido por el Despacho en relación con el requisito de pertinencia. Además, al subsanar las deficiencias advertidas, también se satisface el requisito de suficiencia.

1.6. EL LEGISLADOR TENÍA LA OBLIGACIÓN DE DEFINIR LOS TÉRMINOS CÁLCULO ACTUARIAL Y TÍTULO PENSIONAL

Para el despacho sustanciador *el ciudadano omite explicar por qué las normas constitucionales invocadas exigen al legislador definir los términos cálculo actuarial y título pensional*. Por ello procedo a corregir las deficiencias:

El título pensional es la contribución parafiscal establecida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y el cálculo actuarial es como su nombre lo indica, la forma en que se calcula el título pensional. Más allá que una definición estricta de los términos en referencia por parte del legislador, lo que se echa de menos son los elementos del título pensional como tributo parafiscal.

El legislador tenía la obligación de definir estos términos pero con la finalidad de precisar los elementos del tributo que se echan de menos. Esta obligación del legislador está precisamente establecida en los artículos 150.12 y 338 de la CP.

ARTICULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

***ARTICULO 338.** En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.*

Obsérvese que las disposiciones violadas son claras al establecer que sólo corresponde al Congreso establecer las contribuciones parafiscales, y que al hacerlo **debe** (mandato imperativo) fijar **directamente** (sin delegarlo) los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas. Por el contrario en el caso en concreto, fue el Ejecutivo en ejercicio de su facultad reglamentaria quien fijó la base gravable y la tarifa, a través del Decreto 1887 de 1994.

El incumplimiento de este deber por parte del legislador, acarrea la inconstitucionalidad de la disposición acusada, tal como en múltiples ocasiones lo ha declarado la Corte Constitucional en relación con otros tributos que han carecido de tales elementos. En la sentencia C-511 de 2019 señaló:

Esta corporación ha sostenido que la declaratoria de inexecutable por infracción del principio de certeza tributaria concurre “cuando de la prescripción dispuesta por el Legislador no sea posible dilucidar el contenido del elemento estructural del tributo.”, o cuando la indefinición de los elementos esenciales del tributo se torna “irresolubles, por la oscuridad invencible del texto legal que no hace posible encontrar una interpretación razonable sobre cuáles puedan en definitiva ser [su]s elementos esenciales”, por cuanto al alcanzar tal grado de imprecisión, la misma atenta contra lo dispuesto en el artículo 338 de la Carta Política, pues conllevaría que las autoridades encargadas de ejecutarla se vean llamadas a completar los vacíos o indeterminaciones de la regulación legal, con lo cual estas terminarían definiendo a su vez aspectos esenciales de los elementos constitutivos del gravamen cuyo establecimiento es competencia del Congreso” (Negritillas y subrayas fuera del texto).

Los instrumentos mediante los cuales el Legislador sintetizó y estandarizó todos los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, en materia pensional, se llaman “cálculo actuarial” y “título pensional”, los cuales debían recoger la normatividad anterior, la aplicable según el caso, pero no lo hicieron, y este vacío fue llenado por un nuevo régimen totalmente nuevo y así es como lo ha aplicado la justicia laboral. Esta falta de regulación de las referidas figuras viola claramente la Constitución según se ha señalado.

Con la claridad realizada, doy por cumplido los requisitos de claridad, certeza y suficiencia en el cargo.

1.7. SI HAY RAZONES PARA CONSIDERAR QUE LA OBLIGACIÓN DE LOS EMPLEADORES CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 797 DE 2003 VULNERA LOS ARTÍCULOS 150.12 Y 338 DE LA CP

Para el despacho sustanciador el demandante no logró explicar por qué, pese a que la obligación de los empleadores de trasladar la suma correspondiente a los aportes, derivados de los servicios prestados por el trabajador antes de la Ley 100 de 1993, la disposición demandada vulnera los artículos 150.12 y 338 de la Constitución Política.

Para efecto de lograr una explicación satisfactoria de este punto, nos permitimos clarificar las razones del cargo, así:

Presupuestos del cargo primero:

1. El artículo 9 de la Ley 797 de 2003 estableció la contribución parafiscal del título pensional liquidado con base en el cálculo actuarial. Consiste en la obligación del empleador de reconocer y pagar los tiempos servidos por el trabajador con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
2. Esta obligación parafiscal NO había sido establecida con anterioridad a la mencionada ley de manera general, universal y única. En todo caso y en virtud del derecho viviente, para la Corte Constitucional esta obligación sólo surge a partir de la Ley 100 de 1993 y para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento de condenar a este pago no tiene en cuenta la ley vigente para el momento de los tiempos servidos, sino únicamente la Ley 100 de 1993, a la que reconoce efectos retroactivos.
3. El artículo 9 de la Ley 797 de 2003 establece una contribución parafiscal, que por lo menos para esta Corporación debe generar motivos de duda sobre si lo es o no, y por tanto decidir sobre el punto en una sentencia.
4. Si lo contenido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 es una contribución parafiscal, entonces en virtud de lo dispuesto en los artículos 150-12 y 338 de la Constitución Política, así como los principios de legalidad y certeza tributaria, debió el legislador regular todos los elementos del tributo, so pena de la inexequibilidad del mismo.
5. Tal como se expuso, el legislador NO estableció ni la base gravable ni la tarifa en las normas demandadas y por el contrario fue el Gobierno Nacional en ejercicio de su facultad reglamentaria quien tuvo que hacerlo ante el silencio del legislador, a través del Decreto 1887 de 1994, lo que es contrario a las disposiciones constitucionales ya mencionadas.

Explicados los 5 presupuestos, suficientemente desarrollados en la demanda y en los capítulos precedentes de esta subsanación, damos por cumplido con los requisitos de claridad, suficiencia y certeza.

El primer cargo satisface el requisito de claridad pues el cargo se ha expuesto de una manera coherente y lógica, con la exposición a modo de premisa mayor (El artículo 9 de la Ley 797 de 2003 impuso una contribución parafiscal que no existía antes de la Ley 100), una premisa menor (si lo establecido por el legislador en la disposición acusada es una contribución parafiscal, debía regular todos y cada uno de los elementos del tributo so pena de inconstitucionalidad del mismo) y una conclusión (toda vez que el legislador no estableció ni la base gravable ni la tarifa de la contribución parafiscal contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la disposición debe ser declarada inconstitucional). Cada uno de estos elementos ha sido suficientemente desarrollado y por tanto habrá de admitirse la demanda.

Cumple con el requisito certeza pues los cargos se dirigen en contra de la proposición normativa que establece el título pensional y el cálculo actuarial de los tiempos servidos antes de la Ley 100, la cual no es una suposición, opinión o mera inferencia del demandante, sino que corresponde a una verdadera norma, producto de su interpretación y aplicación en un mismo sentido por los jueces, que resulta contrario a los principios constitucionales enunciados como violados.

El cargo primero de la demanda es concreto, carente de vaguedad o indeterminación, lo que acredita el requisito de especificidad. La disposición acusada viola los artículos 150.12 y 338 de la Constitución Política porque pese a establecer una contribución parafiscal el legislador, debiendo hacerlo, no estableció ni la base gravable ni la tarifa, tornándose el tributo en inconstitucional.

Es pertinente, pues los argumentos de la demanda realizan un reproche de naturaleza constitucional, de violación de sus disposiciones, y no en términos de conveniencia o no de la disposición acusada. No se trata de establecer que la contribución sea inequitativa, injusta o inconveniente, sino que es inconstitucional por violación de los principios de legalidad y certeza tributaria al omitir regular la base gravable y la tarifa del tributo, dejando su reglamentación al Ejecutivo, siendo esto inconstitucional.

Por último, el cargo es suficiente pues se exponen los elementos argumentativos y probatorios necesarios para el estudio de constitucionalidad, por lo cual es procedente la admisión de la demanda.

2-REESTRUCTURACIÓN DEL SEGUNDO CARGO: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA

Para la honorable magistrada Pardo, *el demandante confunde el principio de reserva de ley, el derecho a la igualdad y la figura de la omisión legislativa relativa. De un lado, el ciudadano señala que, de conformidad con los artículos 48 y 365 de la Constitución Política, solo el legislador puede regular lo concerniente a la seguridad social. A partir de esta afirmación, sostiene que la disposición demandada es*

inconstitucional por omisión legislativa. Sin embargo, la premisa de la que parte el demandante corresponde al principio de legalidad, del cual no se deriva la existencia de omisión legislativa relativa, como equivocadamente concluye el actor.

Por lo anterior, y para efectos de subsanar las inconsistencias presentadas en el cargo, me permito reformularlo en su integridad, para lo cual desarrollaré punto por punto los elementos de la omisión legislativa relativa tal como la Corte los desarrolló en la sentencia C-133 de 2018.

2.1. NORMA DE LA CUAL SE PREDICA EL CARGO POR INCONSTITUCIONALIDAD

Parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
- d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

La norma transcrita, fuente de la obligación parafiscal de los empleadores de reconocer y pagar los tiempos servidos antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es la disposición de la cual se predica el cargo por inconstitucionalidad.

2.2. OMISIÓN EN EL PRECEPTO DEMANDADO DE UNA CONDICIÓN QUE, DE ACUERDO CON LA CONSTITUCION, RESULTA ESENCIAL PARA AROMINZAR EL TEXTO LEGAL CON LOS MANDATOS DE LA CARTA.

En el auto que inadmitió la demanda se adujo lo siguiente: *Pese a que el demandante hace un esfuerzo por identificar el contenido normativo que él echa de menos en la*

disposición acusado y que en su opinión implica la existencia de una omisión legislativa relativa, no identifica la fuente constitucional de la alegada obligación del legislador de regular expresamente tales elementos. En el asunto su examine, el demandante no identificó la existencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas.

Frente a este asunto, la primera premisa de la que debemos partir es que ya la Corte Constitucional ha considerado que el cálculo actuarial impuesto a un empleado que no ha sido omisivo es contrario a los derechos fundamentales de este. Al respecto, la Sentencia T 281 de 2020, al resolver el caso en concreto, expresó:

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

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

La negativa de la Corte de aplicar el cálculo actuarial, y de darle al mismo una connotación sancionatoria para el empleador, se ha convertido en una constante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De un grupo de 15 sentencias de tutela analizadas⁷, tan sólo 4 condenaron al empleador al pago del cálculo actuarial⁸, las restantes acudieron a la actualización aplicando el IPC como mecanismo para actualizar el valor del aporte pensional.

Esta discriminación entre el empleador omisivo y el que no lo fue, además de estar reconocida por esta Corporación como discriminación, está prohibida expresamente

7 Sentencia T-784 de 2010, T-712 de 2011, T-719 de 2011, T-720 de 2012, T-492 de 2013, T-770 de 2013, T-937 de 2013, T-435 de 2014, T-760 de 2014, T-469 de 2015, T-665 de 2015, T-714 de 2015, T-014 de 2016, T-194 de 2017, T-281 de 2020 entre otras.

8 T-714 de 2015, T-469 de 2015, T-655 de 2015, T-014 de 2016.

por el artículo 13 de la Constitución Política. El legislador debió tener en cuenta al empleador cumplido al momento de realizar la regulación, para efectos de que este no soporte las consecuencias nocivas de ser condenado por los jueces al pago del cálculo actuarial.

2.3. NO EXISTE RAZÓN SUFICIENTE QUE JUSTIFIQUE LA EXCLUSIÓN DE LAS SITUACIONES QUE DEBÍAN ESTAR REGULADOS POR EL PRECEPTO EN CUESTIÓN

En la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003 no existe ni una sola razón que dé cuenta de por qué el legislador decidió otorgar igual tratamiento al empleador que no ha sido omisivo o negligente con el que sí lo fue. No es lo mismo un empleador que antes de la Ley 100 de 1993 no realizó aportes a pensión debido a la falta de cobertura del ISS en el territorio o que por su capital no estaba obligado a reconocer una pensión, a uno que además de estar obligado a realizar el aporte conforme a la ley vigente del período causado, tenía la posibilidad de hacerlo por tener el ISS cobertura en el lugar y a pesar de ello no lo hizo.

Partiendo del supuesto de que esta discriminación inadmisible ha sido reconocida por la Corte Constitucional, era carga de legislador establecer razones para justificar la igualdad de trato a dos personas en condiciones disímiles. Ahora bien, en caso de que esta Corporación considere que dicha desigualdad de trato es del tipo indirecta, es decir, aquella que el legislador reguló objetivamente pero que en su aplicación genera desigualdad, lo cierto es que ninguna razón constitucional encuentra este ciudadano para aceptar dicha desigualdad de trato.

2.4. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD, EN RAZÓN A LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVIDAD DEL TRATO DESIGUAL

En la inadmisión respecto de la demanda se dijo: *No explica si se genera una desigualdad negativa para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal acusada, frente a los casos y situaciones que se encuentran regulados por la norma y amparados por las consecuencias de la misma.*

Se aclara este punto manifestando que en efecto se genera una desigualdad negativa para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal. La situación excluida es la de aquellos empleadores que no estaban obligados a hacer aportes a pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o de aquellos que estando obligados no lo hicieron por falta de cobertura del ISS. Además, debió regular la situación de aquellos empleadores no obligados a realizar afiliación. Obsérvese que la disposición tan solo regula en el literal c) a aquellos empleadores *que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión* pero nada dice de aquellos que no tenían esta obligación y en el literal d) a *aquellos empleadores*

que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, pero nada dice de aquellos que no lo hicieron por falta de cobertura del ISS ni porque la ley no los obligara.

Sin embargo la disposición acusada los cobija a todos, a los que estaban obligados y a los que no, a los empleadores que tenían cobertura del ISS y podían realizar aportes y a los que no. ¿Como se justifica desde el punto de vista constitucional que un empleador que ha ejercido su actividad desde antes del año 1993 que hoy año 2021 está obligado a pagar al fondo de pensiones una obligación que para antes del año 1993 no tenía a cargo? Y peor aún ¿Como se justifica que esta obligación deberá liquidarla 3 puntos por encima del IPC y que por tanto dicha suma será mucho más cuantiosa de lo que por utilidades pudo haber recibido en el período para el cual sirvió el trabajador?

No hay justificación constitucional para dicho trato desigual.

2.5. LOS GRUPOS COMPARABLES Y LA RAZÓN POR LA CUAL SON OBJETO DE COMPARACIÓN

Dice el auto que inadmitió la demanda: *El ciudadano afirma que el legislador omitió diferenciar entre empresas obligadas y no obligadas a reconocer pensiones anteriores a la Ley 100. Sin embargo, la lectura completa del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 deja claro que el legislador si diferenció entre los empleadores que tenían obligaciones pensionales frente a sus trabajadores, antes de la Ley 100 de 1993. No es cierto que el legislador hubiere omitido diferenciar entre empresas obligadas y no obligadas a reconocer pensiones anteriores a la Ley 100.*

Para efectos de realizar la corrección del caso, me permito en primera medida transcribir nuevamente la disposición acusada:

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

Obsérvese que el cálculo actuarial deben realizarlo por igual los empleadores de que tratan los literales *b)*, *c)*, *d)* y *e)*. Para el caso que nos interesa compararemos únicamente los literales *c)*, *d)* y *e)*.

En el literal *c)* están los empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En el literal *d)* los empleadores omisivos y en el literal *e)* las cajas previsionales del sector privado. Se echan de menos en la disposición acusada los siguientes: (i) los empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 NO tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, básicamente por no tener el capital de que tratara la ley correspondiente (ii) los empleadores que no fueron omisivos, sino que en virtud de la falta de cobertura del ISS antes del año 1993 no pudieron realizar los aportes correspondientes, (iii) los empleadores que no tenían cajas previsionales. Estos tres tipos de empleadores no regulados o tenidos en cuenta por el legislador tienen un común denominador: no estaban obligados a realizar aportes pensionales y por tanto se les creó de manera retroactiva una obligación que para antes del año 1993 no tenían.

Si bien el empleado tiene derecho al reconocimiento de los tiempos servidos antes del 93 para efectos de acceder a la pensión de vejez, no por ello se faculta al legislador para imponer sanciones a quienes antes de la vigencia de la Ley 100 no estaban obligados a realizar el aporte. Esta sanción es impuesta por el legislador de manera discriminatoria, cuando no tiene en cuenta en la regulación a los empleadores no obligados.

2.6. INCUMPLIMIENTO DEL LEGISLADOR DEL DEBER IMPUESTO POR EL CONSTITUYENTE DE REGULAR LA MATERIA FRENTE A SUJETOS Y SITUACIONES DETERMINADAS

Ante la existencia de situaciones diversas reguladas de una manera igual por el legislador se configura una discriminación legislativa indirecta de aquellas que prohíbe el artículo 13 de la Constitución y con ello el incumplimiento del legislador al deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA SEGUNDA PETICIÓN SUBSIDIARIA.

La suscrita magistrada advirtió *que el demandante no justificó la segunda petición subsidiaria, pues se limitó, en la parte final del escrito de demanda, a citar a la sentencia T-281 de 2020, pero sin desarrollar argumentación alguna.* Se corrige este déficit de la demanda en los siguientes términos:

Esta demanda no está dirigida contra el derecho de los trabajadores a que se le reconozcan y paguen los tiempos de servicio anteriores a la Ley 100 de 1993, sino solo contra el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal como fue subrogado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003. Por tanto, la petición subsidiaria es con la finalidad que si la Corte encuentra ajustada a la Constitución la disposición acusada, en todo caso se condicione la misma que el título pensional que se impone pagar a los empleadores no sea liquidado con base en el cálculo actuarial sino actualizado al IPC, según el regimen aplicable en su momento, con la finalidad de asegurar el poder adquisitivo constante de los aportes tal como lo establece el artículo 48 de la Constitución y a su vez la estabilidad financier de las empresas obligadas. Esta petición subsidiaria tiene su razón de ser en la connotación sancionatoria del cálculo actuarial, cuyo término contenido en la disposición acusada, de ser declarada exequible sin ninguna condición aparejaría una situación discriminatoria para aquellos empleadores que no fueron negligentes o incumplidos.

El cálculo actuarial es una sanción porque precisamente en su liquidación y pago se causa un interés a cargo del empleador correspondiente al IPC **más tres puntos porcentuales anuales efectivos** (artículo 7 del Decreto 1887 de 1994), los cuales se capitalizan cada año. Esta metodología, cuya justificación se desconoce y no ha sido ni siquiera establecia por el legislador pero a la que en todo caso se aplica, constituye una sanción en sí misma.

La Corte Constitucional en casos de tutela se ha abstenido de aplicar el cálculo actuarial, especialmente en eventos en los cuales el empleador no ha sido omisivo en el pago de los aportes. A su vez, ha reconocido que aplicar el cálculo actuarial traería consecuencias patrimoniales nocivas a las empresas. Al respecto, la Sentencia T 281 de 2020, al resolver el caso en concreto, expresó:

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

Adicionalmente, esta connotación sancionatoria no es lo único que preocupa a la Sala, pues, también debe aceptarse que las empresas que asumían pensiones de jubilación, por su capacidad de producción y su capital, contaban, en muchos casos, con un gran número de trabajadores, razón por la

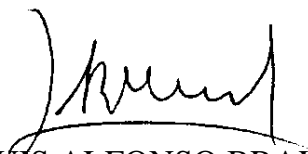
cual, aplicar de manera retroactiva y después de muchos años una obligación que legalmente no debían asumir, podría tener una carga excesivamente onerosa sobre su estabilidad financiera si todos aquellos pidieran, en su favor, la realización del cálculo actuarial indicado para, por ejemplo, acceder a reliquidaciones de las pensiones que ya devenguen. Esto sería contrario al principio de la equidad del que trató el capítulo sexto de esta providencia, toda vez que se crearía un nuevo desequilibrio que, ciertamente, tendría consecuencias económicas más o menos graves, dependiendo del tamaño de la entidad.

Por ello, la razón de ser de la petición subsidiaria es que la Corte, en caso de no declarar la inexecutable de la disposición acusada, pueda otorgarle en todo caso una interpretación conforme a la Constitución, esto es, que la obligación que tuviera el empleador, según el régimen correspondiente anterior a la Ley 100, será actualizada en el IPC hasta su pago efectivo.

4- SOLICITUD

Por cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos por el despacho solicito la admisión de la demanda.

Atentamente,



LUIS ALFONSO BRAVO RESTREPO
T.P. 79.079 del C. S. de la J.