

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA / REQUISITOS DE LA COSA JUZGADA / COSA JUZGADA EN LAS SENTENCIAS DE SIMPLE NULIDAD / ELEMENTOS DEL JUICIO DE LEGALIDAD EN LA ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE

La cosa juzgada (i) responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, (ii) opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causa petendi juzgada en proceso posterior, e (iii) impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica. [...] La sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo tiene efectos *erga omnes* de manera plena, por lo que respecto de dicho acto no resulta posible adelantar un nuevo proceso en el que se solicite su anulación. Sin embargo, cuando se trate de un fallo que deniegue la nulidad, los efectos de cosa juzgada solo recaen sobre la *causa petendi*, razón por la cual es posible que respecto del acto, objeto de la decisión, se puedan tramitar nuevos procesos, los cuales deben tener por fundamento una causa distinta a la resuelta en la sentencia que negó la pretensión anulatoria. [...] El artículo 303 del Código General del Proceso, establece tres presupuestos para la configuración de cosa juzgada, consistentes en que el nuevo proceso, en comparación con el anterior, (i) verse sobre el mismo objeto; (ii) se funde en la misma causa y (iii) tenga identidad jurídica de partes. [...] Esta Corporación ha precisado que en los procesos de simple nulidad «*el objeto corresponde al acto mismo, entretanto la causa se circunscribe a los cargos en que se estructure la pretensión*» anulatoria y no resulta aplicable, para efectos de la cosa juzgada, el presupuesto de la identidad jurídica de partes. [...] Ahora bien, resulta pertinente señalar que las afirmaciones del demandante consistentes en que la parte controvertida genera un detrimento patrimonial de los trabajadores en favor del Instituto de Seguros Sociales, y sanciona al sujeto jurídico más débil del sistema, por cuanto en ambos eventos se dilata la efectividad de las mesadas pensiones por la mora o negligencia de otros actores e intervinientes en el trámite de reconocimiento prestacional, además de no estar soportadas, (i) no forman parte del juicio de legalidad que corresponde efectuar en esta acción (simple nulidad), el cual debe partir de la confrontación de la norma demandada y de la que se dice vulnerada, (ii) ameritan la revisión de casos particulares de cara a la interpretación que dio la Corte Constitucional del inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en la sentencia C-177 de 1998 y, por ende, a la garantía de trámites administrativos, financieros y judiciales expeditos que posibiliten el derecho a la seguridad social de los trabajadores y (iii) requieren un análisis normativo mayor, por cuanto, como ya se evidenció, la disposición que se pidió revisar en este caso (inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997) no es aislada, sino que hace parte de un engranaje dispositivo de transición relacionado con el traslado y la emisión, cálculo y redención de reservas. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre los presupuestos de la cosa juzgada en materia de nulidad simple, ver: sentencia del 7 de diciembre de 2017, de la sección primera del Consejo de Estado, C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 05001-23-33-000-2015-02253-01.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00114-00(1571-09)

Actor: LUIS ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA Y EJERCICIO DESBORDADO DE LA FUNCIÓN REGLAMENTARIA NO PRBADOS. NULIDAD – CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA

La Sala procede a resolver en única instancia la demanda presentada el 5 de agosto de 2009¹ por el señor LUIS ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS contra la NACIÓN – MINISTERIOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la cual fue admitida el 11 de febrero de 2010.

I. LA DEMANDA

Pretensiones². El demandante, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (CCA), solicitó declarar la nulidad de la parte que se destaca del inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 30 de mayo de 1997:

DECRETO 1474 DE 1997

(mayo 30)

Por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos artículos del decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

en uso de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991,

DECRETA:

[...]

Artículo 17.- Emisión y pago de los títulos valores.

En caso de que el trabajador haya elegido el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para efectos de computar para la pensión el tiempo de

¹ Folio 25 vuelto.

² Folios 16 a 25.

servicio como trabajadores vinculados con empleadores del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, es necesario que previamente se haya cancelado el valor del cálculo actuarial o título pensional de acuerdo con las normas que regulan dichos títulos.

De no darse la cancelación de dicho valor, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no se tomarán en cuenta las semanas correspondientes para el cálculo de la pensión. **Solamente una vez cancelado el valor del título pensional y a partir de dicha fecha, será exigible el valor de la pensión tomando en cuenta las semanas laboradas o cotizadas en la empresa o entidad emisora del título.**

La emisión de los títulos pensionales o el pago de la suma correspondiente al valor del cálculo actuarial, deberá efectuarse a más tardar antes del 31 de diciembre de 1998.

[...]

PUBLIQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Santa Fe de Bogotá, D. C., a 30 de mayo de 1997.

Hechos. El actor refirió que la parte acusada del aludido artículo 17 modifica arbitrariamente la fecha a partir de la cual los trabajadores que requieren acumular semanas y/o periodos laborados ante distintos empleadores, en los términos del inciso segundo del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993³, pueden acceder a la pensión de jubilación, por cuanto fija un condicionamiento que dilata el pago de la misma, consistente en el traslado a satisfacción del correspondiente bono o título, con base en el cálculo actuarial.

Señaló que ese condicionamiento en la práctica se traduce en que los empleados ya no disfrutaban la pensión de jubilación a partir de la fecha en que acreditan la edad y el tiempo de servicio exigidos en la ley, sino de la verificación del traslado de la reserva correspondiente, lo cual dilata en el tiempo su derecho y los responsabiliza por la mora y/o negligencia de quienes participaron e intervinieron en el trámite de reconocimiento prestacional.

Normas violadas. El accionante citó como disposiciones violadas las siguientes:

Constitucionales: artículos 13, 29, 46, 48, 53, 58, 189-11 y 209 y Acto Legislativo No. 1 de 2005; **legales:** leyes 153 de 1887, artículo 8º; 71 de 1988, artículo 7º; y 100 de 1993, artículos 2º, 22, 23, 24, 33, 36 y 288; y **reglamentarias:** Decreto 1887 de 1994.

³ «En los casos previstos en los literales c) y d), 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».

Concepto de violación. Al desarrollar el concepto de la violación de dichas normas, el demandante aseveró que la parte acusada desborda el ejercicio de la función reglamentaria, por cuanto comporta un condicionamiento no fijado en el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que va en detrimento de los derechos fundamentales de los trabajadores y genera un enriquecimiento sin causa en beneficio del Instituto de Seguros Sociales.

Explicó que dicho condicionamiento desconoce los «*derechos sociales fundamentales consagrados y protegidos por la Constitución y la ley*», por cuanto permite que (i) no se tome en cuenta la vinculación laboral de un trabajador respecto del cual no se efectuaron cotizaciones, cuando esta es necesaria para acreditar el requisito de tiempo de servicio, (ii) el acceso efectivo a la pensión de jubilación esté supeditado al pago de una reserva actuarial por parte de empleadores o cajas morosas, y (iii) se dilate el reconocimiento pensional.

Que es «*inaceptable que al trabajador se le castigue, negándole el derecho a disfrutar de la pensión a partir del momento en que cumplió los requisitos establecidos para ello en la ley, sino a partir de la fecha en que el empleador moroso cancele al ISS el valor [...] del título pensional; especialmente si se tiene en cuenta que el cálculo de la reserva actuarial a cargo del [nominador o responsable] se hace con retroactividad al tiempo no cotizado oportunamente por el empleador y con referencia a la fecha en que el trabajador cumplió o cumpla la edad requerida para acceder a la pensión, incluyendo los intereses moratorios de que trata el artículo 7º del Decreto 1887 de 1994*».

Precisó que la parte acusada es «*inequitativa y violatoria de derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, 46, 48, 53, 58 y 209 de la Constitución*», por cuanto, además de desconocer los requisitos de edad y tiempo de servicio fijados en los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y 7º de la Ley 71 de 1998, modifica «*arbitrariamente la fecha en que los trabajadores afectados por la mora de sus empleadores en el pago de los aportes para pensión, tienen derecho a disfrutar de la misma*».

Que la parte controvertida produce «*una forma de enriquecimiento sin causa en beneficio del Instituto de Seguros Sociales, con el correlativo empobrecimiento del trabajador, pues, mientras esta entidad recibe con creces del empleador el valor*

de la reserva actuarial correspondiente, al [empleado] se le sanciona injustamente al no reconocerle la pensión a partir del momento de su causación, sino a partir de la fecha en que el [nominador o responsable] pague el valor de la reserva actuarial calculado por el ISS en la forma establecida en el Decreto 1887 de 1994».

Enfatizó en que la disposición cuestionada vulnera el debido proceso, «*en la medida en que autoriza la imposición de una sanción sin fórmula de juicio a los trabajadores, [ya que] sin ser ellos culpables de la mora en que incurran los empleadores en el pago de los aportes para pensión*» asumen las consecuencias negativas que genera la modificación de la fecha de efectividad de la aludida prestación social.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.- Ministerio de la Protección Social⁴. Se opuso a que se declare la nulidad de la parte demandada, porque esta Corporación ya se pronunció en relación con la legalidad del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997⁵ y el Gobierno Nacional no desbordó su función reglamentaria y, por ende, no propició el desconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, ni su supuesto empobrecimiento.

Evidenció que la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 11 de marzo de 2010, estableció que el artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997 se encuentra ajustado a derecho, en la medida en que «*consagra la obligación para el empleador privado que tenía a su cargo el reconocimiento de pensiones a sus trabajadores, de emitir y pagar un título pensional a favor del trabajador que se traslada al Seguro Social, si se dan las condiciones que para ello señala el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y, por su parte, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 [...], además, que el cómputo de semanas cotizadas con anteriores empleadores o cajas será procedente, siempre y cuando se traslade, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representando en un bono o en un título pensional*».

⁴ Folios 86 a 96.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 11 de marzo de 2010, expediente 11001-03-25-000-2006-00068-00 (1266-06), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Que «del simple cotejo normativo entre los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 2 del Decreto 1474 de 1997, se observa que el Legislador expresamente estableció que para tener en cuenta el cómputo de las semanas o tiempos de servicios con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento de pensiones o con los empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador a los riesgos de invalidez, vejez o muerte administrados por el Instituto de los Sociales, es necesario que el empleador traslade con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional, es decir, que la reglamentación efectuada por el Gobierno Nacional a través del aparte de la norma demandada, no es producto de la extralimitación de las facultades, sino de la reglamentación de una norma a través de la cual el Legislador determinó el procedimiento para que los tiempos laborados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento de pensiones, puedan computarse para el reconocimiento de una pensión de vejez».

Reiteró que «el Gobierno Nacional a través del inciso 2 del artículo 17 del Decreto 1474 de 1997, reglamenta una norma superior de derecho pero sin ir más allá del contenido intrínseco de la Ley, como quiera que no introduce disposiciones o preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales a reglamentar, razón por la cual, no existe una extralimitación de funciones por parte del Ejecutivo que transgredan la voluntad del legislador, al establecer que el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador traslade con base en un cálculo actuarial la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador».

Puntualizó que «si un trabajador cumple con las semanas mínimas requeridas para ser beneficiario de la pensión de vejez con los tiempos de servicio reconocidos por el empleador a través del título pensional, necesariamente el estatus pensional sólo podrá reconocerse a partir de la fecha en que el empleador cancele el valor de la reserva del cálculo actuarial, toda vez que es, en ese preciso momento, en que el trabajador cumpliría con el requisito de tiempo para ser beneficiario de la prestación».

Que, con la explicación anterior, queda claro que «el reconocimiento del estatus pensional se configura en el momento en que el trabajador acredite los requisitos de edad y de tiempo para ser beneficiario de una pensión de vejez».

Destacó que, en el asunto *sub judice* no se configura un enriquecimiento sin causa, en la medida en que *«si bien es cierto el reconocimiento del cálculo actuarial habilita los tiempos de servicio para ser beneficiario de la pensión de vejez, también lo es que no corresponde simplemente al reconocimiento y pago de los tiempos laborados o al pago de cotizaciones en mora con sus respectivos intereses, comoquiera que el valor es calculado con aplicación de principios matemáticos que permiten traer a valor presente el reconocimiento de los tiempos laborados frente al empleador que tenía a su cargo el reconocimiento de pensiones»*.

Que el actor, en el escrito introductorio del proceso, se limita a citar normas que considera vulneradas por el inciso 2º del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997, sin efectuar mayor desarrollo argumentativo que permita suscitar dudas acerca de su ilegalidad e inconveniencia.

Concluyó que la disposición acusada *«cumple con los principios y fundamentos del Estado Social de Derecho al concretar la manera como debe efectuarse el traslado por parte del empleador del valor de la reserva del cálculo actuarial por el tiempo de servicios de sus trabajadores, de tal forma que el tiempo laborado pueda hacerse efectivo»*.

Que *«el legislador, dentro de su potestad [...] para la configuración del Sistema General de Pensiones, fue quien estableció en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la forma en que los tiempos laborados con anterioridad a la Ley 100 de 1993 podían ser tenidos en cuenta para efectos de acreditar el número de semanas exigido para ser beneficiario de una pensión de vejez, mandato que de manera alguna fue desconocido por el inciso 2 del artículo 17 del Decreto 1474 de 1997»*.

2.- Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁶. También se opuso a que se declare la nulidad de la parte acusada, toda vez que (i) no vulnera el derecho a la igualdad, (ii) propende por dar sostenibilidad financiera al sistema general de pensiones, y (iii) esta Corporación ya se pronunció en relación con su legalidad.

⁶ Folios 100 a 110.

Enfatizó que la parte acusada *«propugna por el derecho a la igualdad material, pues de lo contrario, se otorgaría un trato [diferenciado] a quien cotiza a la seguridad social y a quien no lo hace, lo cual implicaría un caso de desigualdad material. Así mismo, se beneficiaría a una persona en detrimento de los demás afiliados al Fondo Común, pues verían injustamente reducida la garantía general para el pago de sus prestaciones»*.

Que la disposición demandada busca *«el equilibrio financiero del sistema, situación materializada en la obligatoriedad de realizar el pago del título pensional que debe ser emitido por aquellas empresas privadas que antes de la Ley 100 de 1993 tenían a cargo sus propias pensiones, cuando el trabajador señale su voluntad de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida»*.

Especificó que *«la finalidad de la norma acusada no es otra que proteger los recursos acumulados por el sistema de seguridad social para el pago oportuno de las pensiones (CP art. 48). En efecto, en la medida en que se exige el pago de los títulos pensionales para poder acumular las semanas o tiempos trabajados y cotizados, se evita que la entidad a la que se afilia el trabajador, deba reconocer y pagar pensiones sin haber recibido los dineros necesarios para suministrar esa prestación, a fin de prevenir desequilibrios en el sistema que podrían incluso afectar a los afiliados que han efectivamente cotizado a esa entidad. Es pues una exigencia adecuada para alcanzar una finalidad que tiene expresa consagración constitucional, pues la Carta exige que la ley proteja los recursos destinados al pago oportuno de las pensiones»*.

Que, en todo caso no se puede soslayar, que *«el trabajador tiene herramientas jurídicas y administrativas desde la fecha de solicitud de afiliación para lograr que el empleador realice efectivamente el pago a la administradora y solicitarle a ésta que realice las actuaciones de cobro correspondientes, si el [nominador o responsable] no ha cumplido con su obligación; con ello al cumplir con todos los requisitos puede acceder a la pensión que corresponda»*.

Por último, planteó la excepción de cosa juzgada, porque esta Corporación ya efectuó un estudio de legalidad del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997, en la sentencia de 11 de marzo de 2010, proferida dentro del radicado interno 1266-2006.

III. ACTUACIONES PROCESALES

Avocado el conocimiento del presente proceso, mediante auto del 11 de febrero de 2010⁷, se admitió la demanda y denegó la solicitud de suspensión provisional, con fundamento en lo que sigue:

Sin embargo, encuentra la Sala que precisamente este artículo 33 [de la Ley 100 de 1993], en armonía con la disposición acusada, estableció que la acumulación de tiempos laborados y de semanas cotizadas sólo será procedente si el empleador o la caja anterior, según el caso, han efectivamente trasladado, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie al régimen de prima media.

No sobra advertir que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-177-98, encontró que la finalidad de la norma legal referenciada era razonable y constitucional, “pues busca proteger los recursos acumulados por el sistema de seguridad social para el pago oportuno de las pensiones (C. P. art. 48).

Bajo este criterio, la Sala no evidencia una infracción manifiesta o directa de las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional para decretar la figura procesal invocada; y será en la sentencia en donde se daba atender además de los fundamentos de derecho expuestos como sustento de la nulidad, la jurisprudencia que se cita en precedencia.

El anterior proveído fue recurrido por el Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado⁸ y confirmado en auto de 25 de noviembre de 2010⁹.

Contestada la demanda, como quedó evidenciado en el acápite que antecede, por auto de 29 de julio de 2011¹⁰, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La demandada, Nación – Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social y el actor, presentaron alegatos de conclusión el 18, 20 y 26 de octubre de 2011. El ministerio público rindió su concepto el 15 de noviembre de 2011.

Alegatos de conclusión y concepto del ministerio público

1.- Ministerio de la Protección Social¹¹. Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

⁷ Folios 36 a 40

⁸ Folio 41 a 44

⁹ Folio 47 a 51

¹⁰ Folio 112

¹¹ Folios 113 a 121

2.- Demandante¹². Aseveró que *«no se ha comprendido el verdadero sentido de la acción impetrada, pues no se trata del cómputo de las semanas requeridas para adquirir el derecho a la pensión de vejez o de jubilación, sino de la fecha a partir de la cual el trabajador adquiere el derecho a la prestación por haber cumplido los requisitos en los casos del literal d) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993»*.

Que la administradora de pensiones *«no puede arbitrariamente cambiar la fecha [en la] que el trabajador adquirió el derecho a la pensión conforme a la ley, por aquella [en la] que el empleador cancele el valor del cálculo actuarial, el cual se efectúa con efecto retroactivo y con intereses moratorios»*.

3.- Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹³. Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

4.- Concepto del ministerio público¹⁴. El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación conceptuó que deben denegarse las pretensiones de la demanda, debido a que no se observa quebranto alguno de las normas legales y reglamentarias que se consideran vulneradas, máxime cuando la parte demandada del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997, lejos de contrariarlas, las complementa.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Competencia. De conformidad con lo establecido en el artículo 128 numeral 1º del Código Contencioso Administrativo, a esta Corporación le corresponde conocer de la presente acción de nulidad en única instancia.

2.- Problema jurídico. Con base en la demanda y su contestación, el **problema jurídico** se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

Primero. ¿Debe prosperar la excepción de fondo de cosa juzgada, consistente en el pronunciamiento previo del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, mediante sentencia del 11 de marzo de 2010, a

¹² Folios 122 y 123

¹³ Folios 124 a 130

¹⁴ Folios 132 a 136

través de la cual se denegó la pretensión de nulidad del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997?

Segundo. De no ser así, ¿es nula la parte demandada del inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 del 30 de mayo de 1997 por desconocer las normas que se dicen vulneradas y por la carga que implica para algunos trabajadores?

3.- Cuestión previa. Contexto del Decreto Reglamentario 1474 de 1997.

Antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, en nuestro país coexistían múltiples regímenes pensionales, administrados por distintas entidades o cajas, incluso el que posibilitaba que el pago prestacional de algunos trabajadores privados fuera asumido directamente por los empresarios.

Estos regímenes eran incompatibles entre sí y fuente de inequidades y vulneración de los derechos de los trabajadores, por los graves problemas que presentaban en cuanto a la consolidación de derechos.

Para contrarrestar lo anterior, la Ley 100 de 1993 creó un sistema integral y general de pensiones, que (i) **permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas**; (ii) genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, con el fin de aumentar la eficiencia y cobertura; y (iii) busca progresivamente corregir las injusticias del pasado.

Para que pudiera operar la acumulación de tiempos y semanas, fue necesario idear un mecanismo de transición que posibilite efectuar traslados de bonos o títulos pensionales de las anteriores cajas, fondos o empresas a las actuales administradoras.

En este punto, resulta pertinente evidenciar que para garantizar el derecho a la seguridad social, los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, además de establecer la existencia de dos regímenes excluyentes (prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad), y permitirle a sus afiliados la selección de uno de ellos y su posterior traslado, estableció como una de las características del sistema general de pensiones, que para el reconocimiento prestacional se pudieran acumular el número de semanas cotizadas en cualquiera

de ellos o el tiempo de servicio prestado con anterioridad a la entrada en vigor de esa normativa.

Ahora bien, para que dicha acumulación fuera posible la ley exige que las cajas, fondos o empleadores, según el caso, «*trasladen con base en el cálculo actuarial*», la suma correspondiente del trabajador afiliado a satisfacción de la entidad administradora, tal y como lo consagra expresamente para el régimen de prima media con prestación definida el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 33. Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

[...]

PARÁGRAFO 1º. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrán 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;
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente Ley;
- d) El número de semanas cotizadas a cajas provisionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión;
- e) Derogase el párrafo del artículo 7º de la Ley 71 de 1988.

En los casos previstos en los literales c) y d), 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 (negrita de la Sala).

La Corte Constitucional, en sentencia C-177 de 1998¹⁵, declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-177 de 4 de mayo de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, que en su parte resolutive dispuso, entre otros, «*Primero.- Declarar EXEQUIBLE el segundo inciso del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor dispone "en los casos previstos en los literales c) y d), 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 al trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora", en el*

100 de 1993, destacado en la transcripción, para (i) mantener el equilibrio financiero del sistema general de pensiones y posibilitar que la finalidad mayor de esa disposición, esto es, alcanzar una mayor justicia social, se logre progresivamente; y (ii) dar una interpretación de lo allí preceptuado conforme a la Constitución Política, máxime cuando comporta un condicionamiento que puede implicar restricciones para algunos trabajadores.

Por otra parte, en el **régimen de ahorro individual con solidaridad**, tanto la letra h) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, como el parágrafo del artículo 65 ibídem, establecieron, en su orden, que (i) «*[t]endrán derecho al reconocimiento de bonos pensionales los afiliados al Régimen que hayan efectuado aportes o cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, o a las cajas, fondos o entidades del sector público, o prestado servicios como servidores públicos, o trabajado en empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial correspondiente*», y (ii) «*[p]ara efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley*».

Así las cosas, para que el cómputo sea posible en cualquiera de los dos regímenes (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), es necesario que las cajas, fondos o los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensión, trasladen “*con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie a satisfacción de la entidad administradora*”; lo cual, dependiendo del sistema escogido y, por consiguiente, de la entidad administradora del fondo de pensiones, se traducirá en un título o bono pensional.

Concretamente para quienes al ingresar al sistema general de pensiones seleccionaron el régimen de ahorro individual con solidaridad, se expidieron los

entendido de que, en los términos de esta sentencia, es deber de las autoridades de control, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones puedan afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los periodos laborados ante distintos patronos; y que el trabajador puede exigir al empleador o a la caja, según el caso, el traslado, con base en el cálculo actuarial, de la sumas anteriormente cotizadas, las cuales deberán ser recibidas, salvo justa causa, por la entidad administradora a la cual se afilie, siendo procedente la tutela si se puede ver afectado el mínimo vital, la igualdad o el debido proceso».

Decretos Reglamentarios 1726 de 1994¹⁶ y 1748 de 1995¹⁷, último que fue derogado, modificado y/o adicionado por **el Decreto 1474 de 1997**¹⁸, que, a su vez, fue reformado por el Decreto 1513 de 1998¹⁹.

En relación con el régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, el Gobierno Nacional, al reglamentar el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, expidió el Decreto 1887 de 1994²⁰; el cual, de acuerdo con su campo de aplicación, establece:

[...] la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

4.- Caso concreto.

4.1.- Excepción de cosa juzgada propuesta por los Ministerios de la Protección Social y Hacienda y Crédito Público.

La cosa juzgada (i) responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, (ii) opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la *causa petendi* juzgada en proceso posterior, e (iii) impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica.

¹⁶ Por el cual se «establece la metodología para la emisión de los bonos pensionales que deban expedirse a los afiliados al Sistema General de Pensiones que seleccionen el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, de conformidad con lo establecido en el Decreto-ley número 1299 de 1994».

¹⁷ «Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993».

¹⁸ «Por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones».

¹⁹ «Por el cual se modifican y/o adicionan algunos artículos de los Decretos Reglamentarios 1748 de 1995 y 1474 de 1997 y se dictan otras disposiciones».

²⁰ «Por el cual se reglamenta el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993».

El artículo 175 del CCA, que regula la institución de la cosa juzgada en los asuntos de competencia de esta jurisdicción, dispone, en relación con los procesos de nulidad, que «[l]a sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes [...]. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada».

De conformidad con la norma transcrita, la sentencia que decrete la nulidad de un acto administrativo tiene efectos *erga omnes* de manera plena, por lo que respecto de dicho acto no resulta posible adelantar un nuevo proceso en el que se solicite su anulación. Sin embargo, cuando se trate de un fallo que deniegue la nulidad, los efectos de cosa juzgada solo recaen sobre la *causa petendi*, razón por la cual es posible que respecto del acto, objeto de la decisión, se puedan tramitar nuevos procesos, los cuales deben tener por fundamento una causa distinta a la resuelta en la sentencia que negó la pretensión anulatoria.

Por otro lado, el artículo 303 del Código General del Proceso, establece tres presupuestos para la configuración de cosa juzgada, consistentes en que el nuevo proceso, en comparación con el anterior, (i) verse sobre el mismo objeto; (ii) se funde en la misma causa y (iii) tenga identidad jurídica de partes.

Esta Corporación ha precisado que en los procesos de simple nulidad «*el objeto corresponde al acto mismo, entretanto la causa se circunscribe a los cargos en que se estructure la pretensión*» anulatoria²¹ y no resulta aplicable, para efectos de la cosa juzgada, el presupuesto de la identidad jurídica de partes, por las siguientes razones:

El último requisito, identidad jurídica de las partes no es aplicable en procesos de nulidad, por los efectos *erga omnes* que le otorga el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo a las sentencias que la declaran y los efectos *erga omnes* en cuanto a la *causa petendi* en las que la niegan. En otras palabras, implica que son oponibles a cualquier demandante que pretende, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, ya que en éstos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino todo lo contrario, en interés del orden jurídico²².

²¹ Consejo de Estado, Sección Primera, auto de 7 de diciembre de 2017, expediente 05001-23-33-000-2015-02253-01, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 22 de abril de 2004, expediente 13274, C.P. Germán Ayala Mantilla.

Ahora bien, consultada la sentencia de 11 de marzo de 2010, emitida dentro del radicado interno 1266-2006, en la página web de la Corporación²³, se pudo constatar que el demandante, en esa causa, afirmó que el artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997 transgrede el inciso final del párrafo primero del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por la contradicción que existe entre la fecha de cumplimiento de la obligación de emitir el bono o título pensional que contiene la disposición demandada (31 de diciembre de 1998)²⁴, con las previsiones de la supuesta norma transgredida, según las cuales: «[...] *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 le han expedido el bono pensional o la cuota parte*»²⁵.

También advirtió que como el artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997, reglamentó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue derogado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es evidente que la aludida norma acusada perdió vigencia, máxime cuando ella previó de manera expresa su límite temporal (31 de diciembre de 1998). Y sugirió que «*deben compararse los artículos 33 de la Ley 100 de 1993, con el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, con parangón respecto del artículo 17 del Decreto 1474 de 1997, ya que éste, al reglamentar el artículo 33, mal puede quedar vivo en el sentido de ser la regulación también del artículo 9º, cuando esta última norma sustituye fundamentalmente la anterior y tiene en la misma ley su reglamento de aplicación, además ha sido derogado por el artículo 24 de la Ley 797 de 2003 [...]*»

La Sala, en el fallo de 11 de marzo de 2010, estableció que el problema jurídico «*se contrae a establecer si el artículo 17 del Decreto 1474 de 1997 resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993*» y, luego de efectuar un recuento normativo de la finalidad y plazo de los títulos pensionales, lo abordó en dos puntos («De la

²³http://servicios.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=11001032500020060006800

²⁴ Artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997. Emisión y pago de los títulos pensionales. «[...] *La emisión de los títulos pensionales o el pago de la suma correspondiente al valor del cálculo actuarial, deberá efectuarse a más tardar antes del 31 de diciembre de 1998*».

²⁵ ARTÍCULO 9º de la Ley 797 de 2003. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: «[...] **PARÁGRAFO 1o.** *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta [...]: 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*».

presunta contradicción del término previsto en el artículo demandado con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003» y «De la obligación de reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la Administradora de Pensiones cuando no se emite el título pensional») para culminar con la denegación de las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo que sigue:

Determinó que el artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997 «consagra la obligación para el empleador privado que tenía a su cargo el reconocimiento de pensiones a sus trabajadores, de emitir y pagar un título pensional a favor del trabajador que se traslada al Seguro Social, si se dan las condiciones que para ello señala el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y, por su parte, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, modifica y amplía el contenido del artículo 33 señalando, además, que el cómputo de semanas cotizadas con anteriores empleadores o cajas será procedente, siempre y cuando se traslade, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representando en un bono o en un título pensional».

Que el hecho de que la Ley 797 de 2003 «no estableció un término para la emisión del título pensional, dicha circunstancia no conlleva la derogatoria tácita del plazo fijado en el artículo 17 del Decreto 1474 de 1997, pues la [determinación] o modificación de términos para la emisión de un título pensional no se efectúa por una ley sino a través de la competencia que le corresponde al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorgó la Constitución Política (art. 189 num. 11) como en efecto se dio con la expedición del Decreto 1474 de 1997».

Aclaró que el plazo señalado en el artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997 (31 de diciembre de 1988) para que el «empleador que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión cumpliera con la obligación de pagar el cálculo actuarial o constituir un título pensional por el tiempo de servicios de sus trabajadores», es «totalmente independiente al período señalado en la Ley 797 para que los fondos reconozcan la pensión de vejez y que es de cuatro (4) meses contados a partir de que se haya radicado en forma completa la respectiva solicitud por parte del peticionario».

Que al señalar «Ley 797 que el cómputo de tiempo de servicios será procedente cuando empleador traslade la suma que resulte del cálculo actuarial, ello no implica la derogatoria del artículo 17 demandado porque, como se evidencia, la obligación de emitir el título pensional con base en el cálculo actuarial se mantiene, no para subsanar el incumplimiento del empleador que debía trasladar dicha suma a más tardar el 31 de diciembre de 1998, sino para permitir que los trabajadores puedan acreditar la totalidad de los requisitos previstos en la ley para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez».

Precisó que «si el patrono no cumplió con esta obligación en el plazo legal, debe en todo caso efectuar el traslado de la suma correspondiente del trabajador afiliado al sistema de pensiones, pues los Fondos de Pensiones no se pueden excusar en la omisión del empleador para así abstenerse de reconocer la pensión de vejez dentro del plazo máximo de cuatro meses después de radicada la solicitud, ya que con dicha actitud se generaría una violación al principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política, teniendo en cuenta que tal situación, al igual que la expedición del bono o de la cuota parte, resulta ser totalmente ajena al trabajador y, por tanto, no puede ser éste quien asuma las consecuencias desfavorables del incumplimiento de la obligación prevista por la ley a cargo de un tercero (el empleador)»

Que «el término de cuatro meses a que alude el último inciso del párrafo 1º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es para que la administradora de pensiones reconozca el derecho pensional, escenario diferente al de la emisión del título y el traslado de los recursos que, como obligación a cargo del empleador, tal y como quedó visto, permanece vigente y opera como requisito previo para el reconocimiento prestacional por vejez».

Concluyó «que la fecha 31 de diciembre de 1998, que aparece incluida en un párrafo de la norma, era perentoria para los empleadores privados que debían cumplir con la obligación de trasladar el valor del cálculo actuarial al Seguro Social».

Que en relación con «la aplicación por parte del Instituto de Seguros Sociales del artículo 17 atacado “[...] con ilegales, diversas e injustas interpretaciones” será desestimado, teniendo en cuenta que dicha afirmación carece de sustento probatorio en los términos del artículo 177 del C.P.C. y, además, porque no forma

parte del juicio de legalidad que corresponde efectuar a la Sala en las acciones de simple nulidad, juicio que, en este caso, debe partir de la confrontación entre la norma demandada y la que se dice vulnerada y no girar en torno a la interpretación que se considera se ha dado a la disposición, pues tal situación no constituye causal de nulidad de un acto administrativo a la luz del artículo 84 del C.C.A.».

Con los anteriores elementos, la Sala prosigue a efectuar el análisis del caso concreto, con el que encuentra que, bajo el amparo de los criterios normativos y jurisprudenciales expuestos, claramente la controversia que atañe al presente pronunciamiento exhibe características diferentes a las que orientaron y ocuparon en la anterior oportunidad el estudio y pronunciamiento respecto de la misma norma reglamentaria.

En efecto, si bien es cierto que en ambos procesos el objeto se circunscribe a la misma norma (artículo 17 del Decreto 1474 de 1997), también lo es que los cargos que estructuran la pretensión de nulidad son distintos y se dirigen a demostrar hechos y transgresiones disímiles, con abordajes diferenciados, tal como pasa a demostrarse:

<p>Proceso: 110010325000200600068 00 (1266-2006) Actor: Camilo Roso Polanco Torres</p>	<p>Proceso: 110010325000200900114 00 (1571-2009) Actor: Luis Enrique Álvarez Vargas</p>
<p>Objeto: Nulidad del artículo 17 del Decreto 1474 de 1997</p>	<p>Objeto: Nulidad de un aparte del inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997. <i>«Solamente una vez cancelado el valor del título pensional y a partir de dicha fecha, será exigible el valor de la pensión tomando en cuenta las semanas laboradas o cotizadas en la empresa o entidad emisora del título».</i></p>
<p>Causa: El artículo 17 del Decreto 1474 de 1997 transgrede el inciso final del párrafo primero del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.</p>	<p>Causa: La parte transcrita del artículo 17 del Decreto 1474 de 1997 trasgrede el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así como los artículos 13, 46, 48, 53, 58 y 209 de la Constitución Política, 7º de la Ley 71 de 1988, 2º, 33, 23, 24, 33, 36 y 228 del sistema de seguridad social integral vigente.</p>
<p>Razones: Existe una contradicción entre la fecha de cumplimiento de la</p>	<p>Razones: La parte acusada del aludido artículo 17 modifica arbitrariamente la</p>

<p>obligación de emitir el bono o título pensional que contiene la disposición demandada (31 de diciembre de 1998), con las previsiones de la supuesta norma transgredida, según las cuales: «[...] 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 le han expedido el bono pensional o la cuota parte».</p> <p>Y pérdida de vigencia del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997, por cuanto (i) reglamentó el 33 de la Ley 100 de 1993, disposición que fue derogada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, y (ii) previó un límite temporal (31 de diciembre de 1998) que ya feneció.</p>	<p>fecha a partir de la cual los trabajadores que requieren acumular semanas y/o periodos laborados ante distintos empleadores, en los términos del inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pueden acceder a la pensión de jubilación, por cuanto fija un condicionamiento que dilata el pago de la misma, consistente en el traslado a satisfacción del correspondiente bono o título, con base en el cálculo actuarial.</p> <p>Ese condicionamiento en la práctica se traduce en que los empleados ya no disfrutaban la pensión de jubilación a partir de la fecha en que acreditaron la edad y el tiempo de servicio exigidos en la ley, sino de la verificación del traslado de la reserva correspondiente, lo cual dilata en el tiempo su derecho y los responsabiliza por la mora y/o negligencia de quienes participan e intervienen en el trámite de reconocimiento prestacional.</p>
<p>Forma en que fue abordado por la Corporación:</p> <p><u>«De la presunta contradicción del término previsto en el artículo demandado con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003» y «De la obligación de reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la Administradora de Pensiones cuando no se emite el título pensional»</u></p>	<p>Forma en que se pide abordar lo anterior:</p> <p>Análisis del (i) cargo de ejercicio desbordado de la función reglamentaria, y (ii) del condicionamiento que comporta la parte cuestionada, el cual conlleva restricciones para algunos trabajadores (vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso y detrimentos patrimoniales supuestamente injustificados).</p>

Como la *causa petendi* no coincide en estos dos procesos, así como la forma de abordaje que se planea en uno y otro caso, no se configura la excepción de cosa juzgada planteada por los ministerios accionados y, por lo tanto, queda habilitada la Sala para estudiar el cargo propuesto (ejercicio desbordado de la función reglamentaria) y los supuestos efectos nocivos que trae para algunos trabajadores el condicionamiento fijado en la parte cuestionada del inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997 (vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso y detrimentos patrimoniales supuestamente injustificados).

4. 2- Ejercicio desbordado de la función reglamentaria.

En este punto, es preciso evidenciar que el Decreto Reglamentario 1474 de 1997 fue expedido con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y con el propósito de reglamentar una serie de disposiciones, entre ellas, los Decretos 1299 de 1994²⁶, 656 de 1994²⁷, 1314 de 1994²⁸, 1726 de 1994²⁹ y 1748 de 1995³⁰, que, a su vez, buscaron dar alcance y contenido a la Ley 100 de 1993, en cuanto a favorecer el acceso efectivo a las pensiones de jubilación, con la consecuente, corrección progresiva de las injusticias del pasado.

La Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 4 de agosto de 2010³¹, en cuanto al ejercicio de la facultad del Ejecutivo que dio lugar a la expedición del Decreto Reglamentario 1474 de 1997, señaló:

Ahora bien, los Decretos Nos. 1748 de 12 de octubre de 1995 y 1474 de 30 de mayo de 1997, cuyos artículos 28 y 52 y 8 y 14, respectivamente, se demandaron en el *sub-lite*, fueron expedidos, no con base en el artículo 150, numeral 10, de la Constitución Política, sino en el artículo 189, numeral 11, con el propósito, el primero, de reglamentar, además del Decreto N° 1299 de 1994, los Decretos Nos. 656 y 1314 del mismo año, junto con los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993 y el segundo de modificar y adicionar algunos artículos del Decreto reglamentario N° 1748 de 1995.

El artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, con fundamento en el cual se dictaron las disposiciones demandadas en el *sub-lite*, contempla la potestad reglamentaria, que se define como la facultad de la cual está investido el Ejecutivo para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; así entonces, el Ejecutivo ejerce la competencia referida para trazar los derroteros necesarios a efecto de que la Administración y sus distintos órganos cumplan los mandatos del Legislador.

Ahora bien, la potestad reglamentaria no es absoluta y tiene por límites la Constitución Política y la ley que en cada caso se reglamente, por manera que con

²⁶ «Por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales».

²⁷ «Por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones».

²⁸ «Por el cual se dictan las normas para la emisión y redención de los bonos pensionales por traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida».

²⁹ «Por el cual se reglamenta el Decreto ley 1299 de 1994».

³⁰ «Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993».

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 11001-03-25-000-2003-00268-01(2523-03), C. P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

su ejercicio el Gobierno Nacional no puede suprimir, restringir, alterar, ampliar, adicionar o, en fin, modificar el contenido del orden normativo superior, pues ello comportaría la extralimitación de su marco competencial.

Esta Corporación ha señalado como parámetros para el ejercicio de la función reglamentaria, los siguientes:

- Entre mayor sea el detalle con que el legislador haya regulado la materia, menos resulta necesaria la reglamentación de la ley. Al contrario, habría una competencia material más amplia en poder del gobierno, cuando la ley omite establecer todas o las suficientes disposiciones para su ejecución.
- El reglamento debe sumisión a la ley reglamentada, tanto que no podrá restringir o extender su alcance, ni crear situaciones, u ordenamientos no previstos en ésta.
- El reglamento no puede contradecir la norma reglamentada, sino hacerla más entendible y de fácil aplicación.³²

En el asunto *sub judice*, la parte demandada del inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997 es acusada de desbordar, concretamente, el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Norma acusada	Norma supuestamente infringida
<p>«Artículo 17 del Decreto 1474 de 1997.- Emisión y pago de los títulos valores.</p> <p>[...]</p> <p>De no darse la cancelación de dicho valor, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no se tomarán en cuenta las semanas correspondientes para el cálculo de la pensión.</p> <p>Solamente una vez cancelado el valor del título pensional y a partir de dicha fecha, será exigible el valor de la pensión tomando en cuenta las semanas laboradas o cotizadas en la empresa o entidad emisora del título»_(negrita para destacar).</p>	<p>«Artículo 33 de la Ley 100 de 1993. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:</p> <p>[...]</p> <p>PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:</p> <p>a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;</p> <p>b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;</p> <p>c) El tiempo de servicio como</p>

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 1998, expediente 9825, C.P. Luis Fernando Olarte Olarte.

	<p><i>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.</i></p> <p><i>d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>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»</i> (negrita para resaltar).</p>
--	---

Del cotejo de las anteriores disposiciones se observa que la parte acusada no altera, restringe o extiende el alcance del inciso segundo de párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por cuanto lo que hace es, para no afectar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, reiterar que las semanas laboradas o cotizadas en la empresa o entidad emisora del título serán tenidas en cuenta o computadas para efectos de hacer exigible el prestación, una vez se cancele el valor actualizado de las mismas.

En otras palabras, la parte controvertida no fue más allá del contenido de la ley, lo que hizo fue reiterar la voluntad del legislador consistente en condicionar la efectividad de las mesadas pensionales hasta tanto no se verifique, a satisfacción, el traslado del bono o título pensional correspondiente. Limitación legal que fue declarada exequible condicionalmente, en la sentencia C-177 de 1998, por cuanto (i) protege «*los recursos parafiscales*» y «*la viabilidad misma del sistema general de pensiones diseñado por la Ley 100 de 1993*», (ii) **hace parte de un**

mecanismo de transición que busca la satisfacción de intereses superiores, y (iii) posibilita una corrección progresiva de las desigualdades del pasado.

Así las cosas, como no se encuentran excedidas las atribuciones reglamentarias con ocasión de la expedición del inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997, no prospera el cargo y se entrará a analizar lo relativo a los efectos nocivos que trae para algunos trabajadores el condicionamiento fijado en esa disposición.

4. 3- Menoscabos que produce el condicionamiento fijado en el inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997.

Ahora bien, en relación con las consecuencias prácticas que ha generado la parte cuestionada y que van en detrimento de algunos trabajadores (vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso y detrimentos patrimoniales supuestamente injustificados), es importante señalar que estas fueron abordadas por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del inciso segundo del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, esa Corporación, en sentencia C-177 de 1998, precisó que el inciso segundo del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 **es un mecanismo de transición que** (i) permite acumular semanas o períodos efectuados ante distintos empleadores o entidades de seguridad social, sin poner en riesgo la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, (ii) **«implica ciertas cargas importantes para determinadas personas»**, que se justifican cuando el Legislador **«pretende alcanzar una mayor justicia social, ampliando la cobertura de [los] derechos prestacionales»**, y (iii) propende reducir progresivamente y por etapas agudas desigualdades de pasado:

14- De otro lado, la Corte considera que es necesario tomar en cuenta que la Ley 100 de 1993 no ha restringido la posibilidad de acumular semanas o períodos laborados para el reconocimiento de las pensiones sino que ha pretendido universalizarlo y corregir así inequidades del pasado, con lo cual esa legislación promueve una igualdad real y efectiva (CP art. 13). Lo que sucede es que para alcanzar esa finalidad es necesario prever mecanismos de transición, como el establecido por la norma acusada, debido no sólo a la anterior desarticulación que existía en el régimen pensional en el país sino además, por cuanto la seguridad social es un derecho prestacional que debe ser satisfecho con recursos económicos e institucionales limitados. Es cierto que tales mecanismos de transición pueden implicar ciertas cargas importantes para determinadas personas, pero la Corte entiende que esas

diferencias de trato encuentran mayor justificación en estos procesos de cambio en que el Legislador pretende alcanzar una mayor justicia social, ampliando la cobertura de estos derechos prestacionales. En efecto, en tales eventos, la ley no está incrementando las desigualdades sociales en un determinado aspecto, caso en el cual el control constitucional debería ser más intenso, sino que, por el contrario, está reduciendo progresivamente y por etapas tales desigualdades. Y esta estrategia es constitucionalmente admisible ya que en muchas ocasiones es irrazonable exigir al Legislador que corrija de manera inmediata agudas desigualdades del pasado, si los recursos son limitados para tal efecto, o los diseños institucionales necesarios para lograr el objetivo previsto son complejos y requieren difíciles procesos de ajuste. En tales casos, y siempre y cuando la ley no recurra a categorías discriminatorias, o no imponga cargas excesivas a determinados grupos poblacionales en condiciones de debilidad manifiesta, la Carta autoriza una corrección progresiva de las desigualdades. En efecto, la igualdad real y efectiva entre los colombianos es un objetivo que el Estado debe promover y buscar (CP art 13) pero resulta ingenuo pensar que esa igualdad puede ser alcanzada de manera inmediata en todos los campos. Esta Corporación ya había señalado al respecto:

“A veces es necesario y razonable que estos problemas acumulados sean corregidos en forma progresiva, siempre y cuando, al hacerlo, las autoridades no utilicen criterios discriminatorios. El examen de constitucionalidad no puede ser entonces muy estricto, por cuanto la asignación de recursos escasos para corregir injusticias acumuladas implica difíciles problemas de evaluación del impacto y de las posibilidades reales de las distintas políticas, por lo cual en principio corresponde a los órganos políticos debatirlas y adoptarlas. El Legislador goza entonces de una cierta libertad para escoger entre cursos alternativos de acción, según la razonable evaluación que haga de las diferentes estrategias.”

Por ello la propia Carta establece que la ampliación de la cobertura de la seguridad social debe ser progresiva (CP art 48), lo cual concuerda con lo preceptuado por los pactos internacionales de derechos humanos, los cuales han precisado que los derechos prestaciones, como la seguridad social, son de realización progresiva y deberán ser garantizados por el Estado de acuerdo a los recursos de que disponga[13], lo cual no significa, empero, que tales derechos carezcan de eficacia jurídica. En efecto, esta Corte ya había precisado sobre este punto lo siguiente:

“El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los “derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico” (Principio de Limburgo No 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar “todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles”, por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de

estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales.”

Señaló que se debe mantener en el ordenamiento el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pero en forma condicionada *«ya que podría implicar cargas desproporcionadas para aquellos trabajadores que no pueden acumular, para el reconocimiento de su pensión, tiempos que fueron efectivamente laborados»*; por lo anterior, buscó darle una interpretación a esa disposición conforme a la Constitución Política.

Que para que la aludida disposición no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que *«el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye una obligación para las dos entidades»*, que acarrea (i) sanciones por incumplimiento y trámites administrativos y/o judiciales expeditos, entre ellos, la acción de tutela, (ii) actuaciones eficaces y drásticas de las autoridades comprometidas, incluso de las de vigilancia y control, e (iii) investigaciones que de ninguna manera deben implicar *«una absolución de las responsabilidades de quienes hayan incumplido sus obligaciones en materia pensional, ya sea que se trate del empleador que no efectúa el traslado de las cotizaciones o de la EAP que no ejerce adecuadamente sus funciones»*:

15- Conforme a lo anterior, la Corte mantendrá en el ordenamiento el inciso acusado. Sin embargo, esta Corporación entiende que una declaración de exequibilidad pura y simple de esa norma es constitucionalmente problemática ya que podría implicar cargas desproporcionadas para aquellos trabajadores que no pueden acumular, para el reconocimiento de su pensión, tiempos que fueron efectivamente laborados. En efecto, no se puede olvidar que la Carta no sólo protege el pago oportuno de las pensiones sino que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (CP arts 48 y 53). Además, tampoco se puede desconocer que de todos modos, en esas relaciones, el trabajador sigue siendo el sujeto jurídico más débil del sistema, por lo cual merece una especial protección del Estado (CP arts 13 y 25). Por ende, y para lograr un mayor equilibrio y protección a los derechos de los trabajadores, sin afectar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, es necesario interpretar la disposición acusada de conformidad a la Carta.

Así, para que la disposición impugnada no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye una obligación para las dos entidades. Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la

anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia. Es entonces deber del Legislador desarrollar en concreto ese mecanismo judicial, tomando en cuenta las especificidades y complejidades de la situación; sin embargo, como tal mecanismo no existe, la Corte recuerda que los derechos fundamentales no son exclusivamente aquellos consagrados de manera taxativa en el Título II, Capítulo I de la Carta[15]. Por ende, la seguridad social puede ser un derecho fundamental por conexidad con otros derechos de rango fundamental, cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad (C.P. art. 46)[16]. Así mismo, la doctrina constitucional ha señalado que, cuando se afecte el mínimo vital de personas de la tercera edad, el derecho al pago de la pensión de vejez o de jubilación también tiene el carácter de derecho constitucional fundamental[17], como quiera que se deriva directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, pues "nace y se consolida ligado a una relación laboral". Igualmente, en determinados casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexidad con la violación a la igualdad o al debido proceso, conforme a la doctrina constitucional elaborada por esta Corporación en la sentencia SU-111 de 1997. En tales circunstancias, la Corte entiende que la tutela puede ser procedente en aquellos casos en que la acumulación de esas semanas, y por ende el traslado de las sumas cotizadas, aparecen asociados al desconocimiento del mínimo vital o a la violación de la igualdad y del debido proceso.

16- La anterior posibilidad protege las semanas y tiempos laborados en aquellos casos en que un trabajador se afilia a una nueva EAP y la anterior empresa o entidad previsional privada, según el caso, conservan una adecuada solvencia y liquidez financieras. Sin embargo, ¿qué sucede cuando se trata de situaciones colectivas derivadas de un deterioro de la capacidad económica de la empresa o la caja susceptible de poner en peligro la posibilidad misma del traslado del bono pensional? En estos eventos, la Corte considera que, para proteger adecuadamente los derechos a la pensión de los trabajadores, y en especial la posibilidad de exigir el traslado de las sumas cotizadas para poder acumular tiempos y semanas ante otra EAP, es necesario tomar en cuenta los criterios sentados por esta Corporación en anteriores decisiones en donde tuvo que estudiar situaciones similares[20]. Dijo entonces esta Corte:

“Las normas legales que obligan a las empresas que han asumido directamente el pasivo pensional a constituir las garantías necesarias para asegurar el pago oportuno de las mesadas pensionales (artículo 13 ley 171 de 1961 y artículo 10 del Decreto Reglamentario 426 de 1968); aquellas que establecen la figura de la conmutación pensional, aún a riesgo de que la empresa tenga que liquidarse o de que se dejen de pagar otros créditos (Decreto 2677 de 1971 y decreto reglamentario 1572 de 1973); las que adjudican a las autoridades públicas la tarea de vigilancia y control de las empresas que tienen acreencias pensionales (artículo 486

del Código Sustantivo del Trabajo); entre otras, deben ser entendidas como el desarrollo manifiesto del deber de especial protección que la Carta impone a los poderes públicos respecto de las personas de la tercera edad.

Así por ejemplo, el decreto 2677 de 1971 indica que habrá lugar a la conmutación pensional cuando una empresa con pensiones de jubilación pendientes entre en proceso de cierre o de liquidación, o en cualquier otra circunstancia que pueda “hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores”. En estos casos el Instituto Colombiano de Seguros Sociales iniciará los trámites de rigor y, dado el caso, procederá a dictar la correspondiente resolución ordenando el pago de la suma necesaria para garantizar los derechos comprometidos. El artículo 9 del mencionado decreto indica que no se autorizará la liquidación ni el cierre mientras la empresa interesada no presente la constancia de pago, a favor del ICSS, de la suma necesaria para que el Instituto pueda sustituirla en el pago de sus obligaciones pensionales. Adicionalmente, el artículo 9 del decreto 1572 de 1973, establece, claramente, que “los patronos o empresas a cuyo cargo existan obligaciones pensionales y que aún no tengan constituida garantía suficiente para pagarlas, no podrán efectuar enajenación de sus haberes, ni negociación alguna con respecto a ellos, desde el momento en el que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social haya iniciado el estudio de que trata este Decreto - se refiere a los estudios para adelantar el trámite de conmutación pensional -, lo cual se hará saber al patrono o empresa por comunicación oficial”. A este respecto, el párrafo del artículo citado señala: “La enajenación o negociación que las empresas o patronos efectúen con violación de este artículo tendrá causa ilícita”.

Si una empresa que ha asumido directamente el pasivo pensional incumple las normas que tienden a garantizar el pago prioritario de las acreencias pensionales, las autoridades competentes deben actuar de inmediato para evitar la eventual vulneración de los derechos fundamentales de los pensionados.”

La Corte entiende que, conforme a lo anterior, es deber de las autoridades estatales, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones pueda afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los periodos laborados ante distintos patronos. Por ende, las autoridades deberán intervenir eficazmente en estos casos, incluso recurriendo, cuando sea necesario, a medidas drásticas como la conmutación pensional.

17- Por las anteriores razones, la Corte condicionará la exequibilidad de la disposición impugnada a fin de resguardar los derechos de los trabajadores, en función del principio hermenéutico de concordancia práctica y a fin de proteger el derecho al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones (CP arts. 38 y 53). Con todo, esta Corporación precisa que esos mecanismos en manera alguna implican una absolución de las responsabilidades de quienes hayan incumplido sus obligaciones en materia pensional, ya sea que se trate del empleador que no efectúa el traslado de las cotizaciones o de la EAP que no ejerce adecuadamente sus funciones. Por todo ello la Corte reitera que las entidades administradoras de pensiones y los órganos administrativos

encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas a los empleadores, deberán actuar con toda energía, eficiencia y prontitud para que los traslados correspondientes a las cotizaciones obrero-patronales se realicen de manera oportuna y no afecten los derechos económicos de las entidades respectivas, para lo cual deberán utilizar todos los medios jurídicos y técnicos necesarios que les permitan mantener el equilibrio financiero. En particular, esta Corporación destaca que las omisiones de vigilancia y control por parte de las entidades estatales podrían acarrear no sólo responsabilidades individuales de funcionarios específicos sino que pueden también comprometer, en determinados eventos, la propia responsabilidad del Estado. En efecto, en razón a que al Estado le corresponde efectuar una función de vigilancia y control de los servicios públicos (art. 365), es su deber que otorgue una garantía de estabilidad y consolidación económica de las empresas que administran la seguridad social. En este orden de ideas, la inspección que ejercen las superintendencias autorizadas debe ser eficiente, eficaz y rápida (C.P. art. 209), pues lo contrario exige que el Estado asuma la responsabilidad económica que se origina por su negligencia (C.P. art. 90).

En este punto, no sobra señalar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en armonía con la interpretación que dio la Corte Constitucional del inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, determinó que las administradoras de pensiones cuando incumplen sus responsabilidades de recaudo y cobro a los empleadores morosos, deben tener por válidas transitoriamente las cotizaciones y, por ende, asumir la correspondiente prestación económica:

Ciertamente las administradoras de pensiones como prestadoras del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, ubicadas en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de gestoras de la seguridad social, actividad que por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida

para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.

El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado.

En el caso de las entidades del régimen de prima media, pueden proceder al cobro coactivo para hacer efectivos sus créditos; los artículos 2° y 5° del Decreto 2633 de 1994 establecen el requerimiento previo, mediante comunicación escrita dirigida al empleador, como procedimiento en mora por el pago de los aportes a la seguridad social; y si dentro de los quince días siguientes al aviso no se pronuncia el empleador, señalan las normas aludidas, se procede a efectuar la liquidación, la cual presta mérito ejecutivo cuando se trate de administradoras del régimen solidario de prima media.

Por lo demás, para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobrazas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se de por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se

han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.

De esta manera se rectifica una larga tradición jurisprudencial, de no atribuirle responsabilidad a las administradoras de pensiones en el caso de mora del empleador en el pago de cotizaciones a la seguridad social.

Por las razones anteriores, el cargo prospera.

En sede de instancia además de lo dicho con ocasión del recurso extraordinario, se ha de advertir que no demostró el ISS haber realizado las gestiones encaminadas al cobro de las cotizaciones en mora por más de año y medio, por parte del Hospital San Vicente de Paúl. Es por las razones expuestas en esta decisión, que se ha de confirmar el fallo del Juzgado (que condenó al ISS al pago de la pensión de invalidez deprecada) [negrilla fuera del texto].

El panorama expuesto, permite concluir que el condicionamiento fijado inciso segundo de parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y replicado en la parte que se acusa, consistente en exigir el traslado de las sumas actualizadas para acumular las semanas o tiempos trabajados, la Corte Constitucional lo encontró razonable, porque comporta un mecanismo de transición que pretende alcanzar una mayor justicia social y debe ser interpretado conforme a la Constitución Política, por parte de las autoridades e intervinientes en el trámite de reconocimiento pensional.

Así las cosas, las anteriores previsiones no persiguen obstaculizar el acceso a la pensión de jubilación o generar cargas no razonables a los trabajadores (vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso), como lo sugiere el actor.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que las afirmaciones del demandante consistentes en que la parte controvertida genera un detrimento patrimonial de los trabajadores en favor del Instituto de Seguros Sociales, y sanciona al sujeto jurídico más débil del sistema, por cuanto en ambos eventos se dilata la efectividad de las mesadas pensiones por la mora o negligencia de otros actores e intervinientes en el trámite de reconocimiento prestacional, además de no estar soportadas, (i) no forman parte del juicio de legalidad que corresponde efectuar en esta acción (simple nulidad), el cual debe partir de la confrontación de la norma demandada y de la que se dice vulnerada, (ii) ameritan la revisión de casos particulares de cara a la interpretación que dio la Corte Constitucional del inciso segundo del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en la sentencia C-177 de 1998 y, por

ende, a la garantía de trámites administrativos, financieros y judiciales expeditos que posibiliten el derecho a la seguridad social de los trabajadores y (iii) requieren un análisis normativo mayor, por cuanto, como ya se evidenció, la disposición que se pidió revisar en este caso (inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997) no es aislada, sino que hace parte de un engranaje dispositivo de transición relacionado con el traslado y la emisión, cálculo y redención de reservas.

Por lo expuesto, la Sala declarará no probada la excepción de cosa juzgada y denegará la declaratoria de nulidad de la parte acusada del inciso segundo del artículo 17 del Decreto 1474 del 30 de mayo de 1997.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NO DECLARAR probada la excepción de fondo de cosa juzgada en el litigio bajo examen por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda de nulidad contra el aparte del inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997 que expresa: «*Solamente una vez cancelado el valor del título pensional y a partir de dicha fecha, será exigible el valor de la pensión tomando en cuenta las semanas laboradas o cotizadas en la empresa o entidad emisora del título*», por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: ORDENAR EL ARCHIVO de las presentes diligencias.

La anterior decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y NOTIFÍQUESE

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ