



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada Ponente

STP5859-2021
Radicación n.º 116689
Acta 117

Bogotá D. C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

La Sala se pronuncia sobre la demanda de tutela formulada por **AGRICOLA EL RETIRO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, mediante apoderado judicial, contra la **SALA DE CASACIÓN LABORAL, SALA DE DESCONGESTIÓN n° 2, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

Al trámite de la acción se vincularon a la señora OFELIA SERNA y a todas las partes e intervenientes en el proceso

ordinario laboral n° 050453105002201800247 (radicación interna 83222), adelantado en contra de la accionante.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

AGRICOLA EL RETIRO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, mediante apoderado, promovió acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos con ocasión de la sentencia SL152-2021, proferida el 25 de enero del año en curso, por la Sala de Descongestión n°2 de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en razón a que, en su criterio, le ordenó el pago de unos “títulos pensionales” que se imponen a patronos omisos y que resultan excesivamente onerosos, afectando su estabilidad financiera.

Informó que Ofelia Serna trabajó para la Sociedad Agrícola El Retiro S.A.S., desde el 21 de febrero de 1980 y el 23 de diciembre de 2005, y fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones en el ISS cuando éste tuvo cobertura en la región de Urabá.

Por lo anterior Ofelia Serna demandó a esa empresa y a Colpensiones para que se trasladara a ésta la reserva actuarial o título pensional por el tiempo laborado y no cotizado entre el 21 de febrero de 1980 y el 11 de noviembre de 1986, de manera que se reajustara la mesada pensional.

Señaló que en el trámite del proceso se admitió la relación laboral, y se argumentó la inexistencia de la

obligación pensional porque durante el mencionado periodo no fue afiliada al ISS en razón a que éste no tenía cobertura en la zona, no obstante, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Apartadó, en sentencia de 30 de agosto de 2018 condenó a la mencionada sociedad a pagar a Colpensiones, en el término de 4 meses, el valor del título pensional correspondiente al periodo antes indicado, so pena de acciones de cobro coactivo.

Sostuvo que contra esa decisión la empresa interpuso recurso de apelación, pero fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia, en fallo de 28 de septiembre de 2018. Ante esto, presentaron recurso extraordinario de casación.

Expresó que en sentencia SL152 de 25 de enero de 2021, la Sala de Descongestión n°2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la anterior providencia con fundamento en que mediante sentencia SL9856 de 2014 esa corporación dejó establecido que en los lapsos de no afiliación, los empleadores, a pesar de que no actuaran de manera negligente, debían asumir el riesgo pensional frente a sus trabajadores, por cuanto, respecto de ellos, se mantenían determinadas obligaciones y responsabilidades en relación a aquellos, criterio con base en el cual se ha señalado que el trabajador tiene derecho a recuperar esos tiempos no cotizados, sin importar la razón que tuvo el empleador para dejarlo de afiliar.

Argumentó que no hay ninguna norma, anterior o posterior a la Ley 100 de 1993, que exija a los patronos, en casos como el analizado, asumir una prestación que era inexistente, de allí que la Sala Laboral de esta Corporación haya señalado que se trata de imprevisión del legislador.

Agregó que, en la sentencia cuestionada, con soporte en jurisprudencia consolidada desde 2014 se condenó a la accionante al pago del título pensional solicitado en la demanda, pero siempre ha manifestado que los precedentes aplicados presentan inconsistencias y han distorsionado el espíritu del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Indicó que no es procedente invocar, como lo ha hecho la accionada, la aplicación del Decreto 1887 de 1994 o del Decreto 1833 de 2016 porque éstos tienen por destinatario al patrono omiso, pero en este caso la falta de cobertura para el riesgo de IVM, excluye por sí misma la posibilidad de calificarla como una omisión.

Precisó que la inconformidad con la decisión judicial cuestionada se sustenta en que “*Sobre la aceptación de que, en este tema concreto, se ha presentado una ORFANDAD LEGISLATIVA y que la misma no puede afectar al trabajador, con ese mismo argumento de la ORFANDAD LEGISLATIVA, tendríamos que decir que la misma tampoco puede afectar al sector empresarial. Se hace necesario que, basados en principios como la JUSTICIA, IGUALDAD Y EQUIDAD, la misma ORFANDAD LEGISLATIVA tampoco tendría porqué (sic)*

afectar al sector empresarial que no fue responsable de la no afiliación oportuna del trabajador. Sin embargo, ello no ha sido así pues es precisamente al sector empresarial quien ha “cargado” con todas las consecuencias por la no afiliación, esto porque se le está poniendo a asumir una “obligación” que no pudo asumir en su momento y, lo que es más grave, se le está imponiendo una “sanción” de la manera más onerosa posible, esto es, a través de un título pensional calculado en los términos del decreto 1887 de 1994, decreto que estaba reservado exclusivamente para ser impuesto al patrono realmente omiso. Como lo he venido exponiendo, este punto específico es en el cual radica mi inconformidad”.

De igual manera, en la fundamentación de la demanda tutelar la parte actora cita sentencias de la Sala de Casación Laboral y de la Corte Constitucional para señalar que se han dispuesto diferentes fórmulas para fijar el monto de los aportes a pensión dejados de realizar, y de manera particular trascibe aparte de la sentencia T-760 de 2004 que impuso a la misma accionante el pago a Colpensiones de la suma que ésta liquide correspondiente a las cotizaciones por el periodo en que no se realizaron. Con base en esa reseña concluye que es necesaria la aplicación de los principios de equidad, proporcionalidad, justicia e igualdad, porque el empleador debe asumir todas las consecuencias de la falta de afiliación oportuna de sus trabajadores, aunque se reconozca que fue por la falta de cobertura y se les está imponiendo una “sanción” establecida exclusivamente para el empleador omiso.

Con fundamento en lo anterior solicitó dejar sin efectos la sentencia cuestionada y ordenar se emita una nueva que declare que la Sociedad Agrícola el Retiro S.A.S., en reorganización, no está obligada a pagar el cálculo actuarial de Ofelia Serna en los términos señalados en la sentencia cuestionada.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES

1. la Sala de Descongestión N°2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que en la sentencia CSJ SL152-2021, no casó la sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquía, el 28 de septiembre de 2018, porque ninguno de los cargos presentados prosperó.

Luego de exponer las consideraciones expuestas frente a cada uno de los cargos planteados, indicó que los motivos de censura no son de recibo porque las consideraciones en que se soporta su decisión son serias, razonables, ajustadas a la lógica jurídica y se atienen al precedente, por lo que no ha incurrido en los defectos que por vía constitucional se le adjudican. Destacó que en escrito tutelar la accionante reconoció que su decisión se ajusta a la línea fijada por la Sala permanente respecto al tema.

2. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Apartadó indicó que la acción de tutela es improcedente porque no reúne los criterios de procedibilidad contra providencias judiciales, en atención a que no se acreditó la existencia de por lo menos una causal o defecto específico.

Al margen de lo anterior expuso que las decisiones en relación con reconocimiento de título pensional se han adoptado conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha venido señalando que es el empleador quien debe asumir el reconocimiento y pago de dichos dineros en favor de la administradora de fondo de pensiones donde esté afiliada la persona.

Agregó que existe una desproporción en la imposición al empleador de la obligación de pago en forma de título pensional y de manera íntegra, olvidando la composición tripartita de la cotización pensional, lo cual resulta mucho más oneroso que pagar la indexación de los aportes dejados de realizar, por lo cual considera que debe darse aplicación al criterio señalado en la sentencia T-281 de 2020 de la Corte Constitucional, conforme al cual cuando no se trata de una omisión simple no debe ser solo el empleador quien responda al pago del mismo.

3. La representante de Colpensiones argumentó que la autoridad accionada no vulneró los derechos de la sociedad accionante pues aplicó las normas relativas en la materia y la jurisprudencia vigente. Además, no puede acudirse a la

acción de tutela como una tercera instancia para que se analice de nuevo el litigio con el fin de obtener la satisfacción de lo reclamado por la parte actora, desconociendo la existencia de cosa juzgada e invadiendo la órbita de competencia del juez ordinario.

4. Ofelia Serna, mediante apoderada, indicó que la acción de tutela debe negarse porque no se han vulnerado los derechos fundamentales de la sociedad accionante. Indicó que la inconformidad de ésta se fundamenta en la interpretación errada del Decreto 1887 de 1994, disposición que reiteradamente se ha aplicado por la Sala de Casación Laboral al considerar que el derecho reclamado se debe examinar con las normas vigentes al momento en que se consolida el mismo, esto es, la Ley 100 de 1993, conforme a la cual en caso de no afiliación el empleador debe pagar la suma con base en un cálculo actuarial que corresponda al lapso que no fue cotizado, el cual se liquida conforme al Decreto 1887 de 1994, tesis adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia T-234 de 2018.

Añadió que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció que el empleador responde por las prestaciones de la seguridad social causadas a cargo del ISS, si la afiliación no se realizaba. Y que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha señalado que en los casos de no afiliación por falta de cobertura el empleador tiene a cargo la obligación y la manera para consolidar el derecho es mediante el traslado del cálculo actuarial.

Finalizó afirmando que, si la sociedad accionante al afiliar a la trabajadora no trasladó al ISS la reserva que debió haber aprovisionado conforme a la Ley 90 de 1946, no puede excusarse ahora en una inequidad, desigualdad o injusticia.

5. El representante del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS en liquidación, indicó que el asunto objeto de debate no se relaciona con su competencia, sino con la nueva administradora del régimen de prima media Colpensiones.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, la Sala de Casación Penal es competente para resolver la demanda de tutela formulada por AGRICOLA EL RETIRO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, mediante apoderado, contra la SALA DE DESCONGESTIÓN N°2 DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

2. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante

los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de manera expresa en la ley.

Han de recordarse, para la solución del caso, los requisitos de procedencia de la acción de amparo contra providencias judiciales¹.

Tales requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales contemplan, que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Además, que se hayan agotado todos los medios – ordinarios y extraordinarios – de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Igualmente, exige la jurisprudencia que se cumpla el requisito de la *inmediatez*, el cual impone que la tutela se haya instaurado en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; así mismo, cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

¹ «En el marco de la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales.» (T-343/12).

Además, que el accionante «*identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible*»². Y finalmente, que no se trate de sentencias de tutela.

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: (i) defecto orgánico³; (ii) defecto procedimental absoluto⁴; (iii) defecto fáctico⁵; (iv) defecto material o sustantivo⁶; (v) error inducido⁷; (vi) decisión sin motivación⁸; (vii) desconocimiento del precedente⁹; y (viii) violación directa de la Constitución.

Desde la decisión CC C-590/05 ampliamente referida, la procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando superado el filtro de verificación de los requisitos generales, se configure al menos uno de los defectos específicos antes mencionados.

3. La solución del caso.

² Ibídem.

³ “que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”.

⁴ “cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”.

⁵ “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

⁶ “se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”.

⁷ “cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”.

⁸ “que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”.

⁹ “cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”.

En el presente evento, AGRICOLA EL RETIRO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, los cuales estima vulnerados con ocasión de la sentencia CSJ SL152-2021, de 25 de enero de 2021, mediante la cual la Sala de Descongestión n°2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), en el proceso que instauró Ofelia Serna contra la recurrente y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

En este caso la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedencia dado que: (i) Tiene una evidente relevancia constitucional, porque está de por medio el derecho fundamental al debido proceso, (ii) No existe otro mecanismo judicial idóneo, pues contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión n°2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no procede recurso alguno; (iii) Cumplió el requisito de la inmediatez, pues la providencia cuestionada data del 25 de enero de 2021, de manera que la acción fue promovida dentro de un término razonable; (iv) Se identificó el derecho vulnerado y los hechos generadores de la vulneración; y (v) La acción de tutela no se dirige contra el fallo dictado en otra de la misma naturaleza.

Ahora bien, entrando al análisis de los argumentos de AGRÍCOLA EL RETIRO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN para considerar que la decisión judicial cuestionada desconoce sus derechos fundamentales se considera lo siguiente:

El motivo de inconformidad, como se resaltó en la demanda tutelar, es que se le impuso el pago del título pensional como si la demandada hubiere omitido la afiliación de Ofelia Serna al ISS, cuando lo que sucedió es que no podía hacerlo por falta de cobertura de éste, situación que no está regulada y fue decidida aplicando los Decretos 1887 de 1994 y 1833 de 2016, cuando no había lugar a ello. Alegó que esa orfandad legislativa no puede resolverse como lo ha venido haciendo la Sala de Casación Laboral de esta Corporación, sin aplicar los principios de equidad, igualdad y proporcionalidad en favor de los empleadores, al momento de señalar el mecanismo para establecer el monto de las cotizaciones no pagadas.

Pues bien, revisado el contenido de la sentencia CSJ SL152-2021, de 25 de enero de 2021, se observa que en ninguno de los cuatro cargos propuestos en la demanda de casación se alega que por razones de equidad, igualdad, justicia y proporcionalidad con el empresariado deben inaplicarse los Decretos 1887 de 1994 y 1833 de 2016 exonerando al empleador del pago del título pensional o modificando los parámetros para su cálculo, como ahora lo plantea la sociedad actora en la demanda de tutela.

El debate propuesto y analizado por la autoridad judicial accionada guardó relación con la existencia o no del deber del empleador de asumir el pago de las cotizaciones al ISS por los periodos en que no existió cobertura, con la acumulación de este tiempo para las personas sometidas a régimen de transición y la imprescriptibilidad de los aportes, más no sobre la forma de calcular el monto del título pensional.

Dicho de otra manera, los argumentos aducidos en la acción de tutela para solicitar el amparo no fueron propuestos y, por tanto, examinados ni objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Descongestión n°2, por lo que no podría argumentarse que la sentencia adoptada incurrió en defecto alguno al no considerarlos, precisamente porque nunca le fueron planteados.

Ahora bien, lo que se constata en la argumentación de la accionante es su inconformidad porque se le imponga como empleador el pago de la totalidad del título pensional, lo que califica de injusto, pero este motivo de disenso no configura ningún defecto en la sentencia ahora cuestionada que haga procedente el amparo; máxime cuando, como se admite en la demanda tutelar, la Sala accionada fundamentó su decisión en la reiterada jurisprudencia que sobre ese deber del empleador se ha producido a partir de la sentencia CSJ SL9856-2014.

Bajo este panorama, la Sala negará el amparo solicitado por AGRICOLA EL RETIRO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA NO. 1, DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. NEGAR** el amparo solicitado por AGRICOLA EL RETIRO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, por las razones expresadas en la parte motiva.
- 2. NOTIFICAR** esta determinación de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.
- 3. REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria