



Bogotá, octubre de 2020

Honorable Representante

NÉSTOR LEONARDO RICO RICO

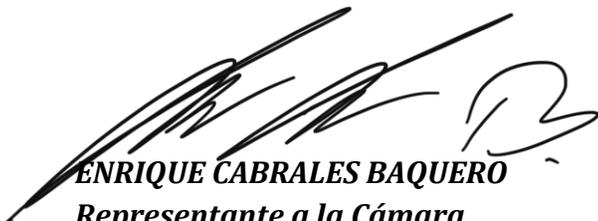
Presidente Comisión Tercera Constitucional
Permanente Cámara de Representantes
Ciudad

Asunto: Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley No. 203 de 2020 cámara “por medio de la cual la nación asume el pago del pasivo pensional a cargo del fondo nacional del café”.

Respetado Señor Presidente:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150, 153 y 156 de la Ley 5ª de 1992 y en atención a la designación efectuada por la Mesa Directiva de la Comisión Tercera Constitucional Permanente de la honorable Cámara de Representantes, me permito presentar el informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 203 de 2020 cámara “por medio de la cual la nación asume el pago del pasivo pensional a cargo del fondo nacional del café”.

Cordialmente,



ENRIQUE CABRALES BAQUERO
Representante a la Cámara
Partido Centro Democrático



PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NO. 203 DE 2020 CÁMARA “POR MEDIO DE LA CUAL LA NACIÓN ASUME EL PAGO DEL PASIVO PENSIONAL A CARGO DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ”.

ANTECEDENTES DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

El proyecto de ley que nos ocupa corresponde a una iniciativa de origen congresional presentada por los Honorables Representantes a la Cámara Luis Fernando Gómez Betancourt, Diego Javier Osorio Jiménez y Gabriel Jaime Vallejo y por el Senador Alejandro Corrales Escobar, Ernesto Macías Tovar, Carlos Felipe Mejía Mejía. Dicho proyecto fue radicado en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el día 21 de julio de 2020.

El proyecto de ley se remitió a la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes por tratarse de asuntos de su competencia y la Mesa Directiva, mediante comunicación electrónica oficial del 21 de septiembre de 2020, designó como coordinadora a la Representante Nubia López Morales y como ponente al Representante Enrique Cabrales Baquero. El proyecto de ley en mención cuenta con el concepto del Ministerio de Hacienda y el actual informe de ponencia se presenta en el plazo estipulado cumpliendo con los términos establecidos.

OBJETO DEL PROYECTO

El proyecto de Ley pretende que la Nación asuma directa o indirectamente el pasivo pensional y prestacional correspondiente a la totalidad de las pensiones ciertas y contingentes, pagaderas a los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A Liquidada, esto con el fin de asegurar el ingreso y productividad del sector cafetero.

CONTENIDO DEL PROYECTO

El proyecto de Ley No. 203 de 2020 se compone de dos (2) artículos a saber. En el primero, se autoriza expresamente al Gobierno Nacional para que asuma el pasivo pensional de la flota mercante, con el fin de asegurar el ingreso y productividad del sector cafetero correspondiente a la totalidad de las pensiones ciertas y contingentes,



pagaderas a los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A Liquidada.

El mismo artículo tiene dos párrafos en los que se dispone la imposición de la reglamentación de la Ley en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dándole un término máximo de seis (6) meses posteriores a la expedición de la ley.

Y el segundo párrafo establece la exclusividad de la destinación de los recursos, únicamente a programas de mejora de la productividad del sector cafetero. Finalmente, el segundo artículo establece la vigencia de la norma.

JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DEL PROYECTO

El autor pone de presente un breve resumen de los antecedentes que considera, son necesarios para entender la razón jurídica real sobre la que se sustenta que el proyecto de Ley, establezca que es el Gobierno Nacional quien debe asumir los pagos de los pasivos pensionales y prestacionales del Fondo Nacional del Café.

En primera medida, es el Gobierno Nacional el controlante de la sociedad Flota Mercante Gran Colombiana y de las sociedades que existieron producto de la escisión de la primera en algún momento del tiempo transcurrido el siglo pasado y que tal calidad, la de ser el controlante y no el Fondo Nacional del café, lo hace también responsable por los pasivos pensionales de las mismas, es decir, que es el Estado colombiano en cabeza del Gobierno Nacional quien debe asumir el pago de las pensiones y prestaciones señaladas.

Se sustenta tal afirmación en la Ley 95 de 1931 que creó la Flota Mercante y en los posteriores Decretos 2078 y 79 de 1940 que entre otras pone en cabeza de la Tesorería General de la República la cuenta Fondo Nacional del Café.

Luego expone que el malentendido sobre quién debe sufragar los pasivos en cuestión, se debe a un devenir de resoluciones judiciales que en un principio, acertadamente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado concluyó que la responsabilidad por dicho pasivo era única y exclusiva del Gobierno Nacional, pero que posteriormente y de manera equívoca providencias judiciales le endilgaron la responsabilidad al Fondo Nacional del Café. Y da la impresión que es esta situación la que causa que a un nivel legal y ya no judicial, se establezca quien es el que debe



asumir los pagos de ese pasivo, que para el autor debe ser el Estado en cabeza del Gobierno Nacional.

Cita el autor la Ley 222 de 1995 que en el artículo 148 crea la figura de la responsabilidad subsidiaria en cabeza del Fondo Nacional del Café por liquidación obligatoria de la Flota Mercante, cuyo objetivo fue el de ofrecer una garantía para resarcir el potencial daño ocasionado a terceros por decisiones dolosas o culposas de la matriz que hayan terminado por ocasionar la situación de liquidación o concordato (entiéndase procesos concursales o de insolvencia en la actualidad) en que haya entrado una sociedad comercial.

La citada garantía funge como la presunción de responsabilidad de la matriz, que le permitirá al tercero acreedor buscar el pago de sus créditos también con el patrimonio del socio o accionista de su deudor original, lo que origina un caso claro de “levantamiento del velo corporativo”, en la medida en que implica el desconocimiento de la barrera jurídica que separa el patrimonio de una sociedad comercial, con independencia de si se trata de una sociedad de personas o de capital, del patrimonio de su accionista o controlante.

Entonces, el elemento esencial de esta responsabilidad es que el acuerdo de insolvencia o la liquidación final, se hayan producido como consecuencia de las actuaciones del accionista o del socio controlante o matriz, es decir, que la imposibilidad en la satisfacción de los pagos o créditos de los acreedores de la filial o subsidiaria, provengan de decisiones negligentes o dolosas de la entidad matriz o controlante sobre su controlada.

El efecto práctico de la citada subsidiariedad prevista en la Ley 222 de 1995 no es otro distinto al nacimiento de la obligación de la sociedad matriz o controlante de asumir el pago de los créditos que no puedan ser pagados por la sociedad subordinada que esté en insolvencia como consecuencia de sus decisiones.

Al respecto, el artículo 260 del Código de Comercio Colombiano, define la situación de control en los siguientes términos: “Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.” Como se puede observar de tal



definición, el elemento relevante no es la participación en el capital sino el poder de decisión.

Ahora, sí es cierto que para efectos de establecer la responsabilidad subsidiaria, se desprende un elemento fundamental, la acreditación de existencia de una relación de control entre la sociedad matriz o controlante y su subordinada. En ese orden de ideas, y aplicando los criterios de control, tratándose de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES FLOTA MERCANTE S.A. - CIFM, se ha entendido por algunas autoridades judiciales que, el controlante de dicha sociedad fue el Fondo Nacional del Café, y por ende el responsable subsidiario de los pasivos pensionales no pagados por la mencionada sociedad. Situación que se considera, no es así.

Sin embargo si se considerara procedente algún tipo de responsabilidad del accionista en la quiebra de la CIFM, en aplicación de los criterios para establecer quién tiene realmente el poder de decisión, dicha responsabilidad debería recaer directamente en el Gobierno Nacional, como verdadero controlante de la mencionada entidad, y no sobre el Fondo Parafiscal que representa los intereses de los caficultores colombianos.

Puntualmente, lo que se quiere demostrar con el hilo argumentativo es que si bien es cierto que con los recursos del Fondo Nacional del Café y por así haberse dispuesto a través de Ley de la República, el administrador del mismo se convirtió en el accionista mayoritario de la CIFM, dicha circunstancia no es suficiente a la luz de las normas corporativas para concluir que el citado fondo parafiscal era la entidad que tenía el poder de decisión, y, por ende, la entidad susceptible de ser imputada como responsable subsidiaria de las obligaciones insolutas de la filial.

La anterior conclusión se fundamenta en que el Fondo Nacional del Café es un patrimonio parafiscal sin personalidad jurídica propia, que está formado por el producto hoy de la contribución cafetera establecida en las leyes, a cargo de los productores de café y en beneficio del propio sector cafetero al que están destinados los recursos que de ellos mismos se recauda.

En ese sentido, por tratarse de un fondo sin personería jurídica, el Fondo Nacional del Café requiere de un administrador que materialice los fines del fondo parafiscal, esto es la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en virtud de un contrato de administración, que en todo caso no otorga título de dominio sobre el mismo.



Específicamente, sobre este punto, el artículo 30 de la Ley 101 de 1993, establece expresamente que la administración del mismo: “se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.”

Es por ello que a la hora de revisar quién es el titular o dueño del Fondo Nacional del Café, se llega a la indefectible conclusión que es la Nación.

En efecto, la Flota Mercante Gran colombiana S.A., fue creada por el Gobierno Nacional en el amparo o en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1° y siguientes de la Ley 95 de 1931 como fue mencionado anteriormente.

Adicionalmente, se evidencia de esta misma disposición, que el rol que jugó la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia al amparo de esta Ley, no fue otro que el de colaborador, o facilitador en la consecución de una tarea que le asignó al Gobierno Nacional. En otras palabras, a quien encargó el Congreso de la República la responsabilidad de crear y fomentar la Flota Mercante fue al Poder Ejecutivo, y la Federación se limitó a actuar como facilitador en el cumplimiento de un mandato del poder legislativo.

Así las cosas, al ser creada la Flota Mercante Gran colombiana, al igual que el Fondo Nacional del Café mediante Leyes expedidas por el Congreso de la República, y tener el Gobierno Nacional en virtud de dicha Ley el control de la gestión del Fondo, se concluye que el responsable último y real de la gestión de la cuenta parafiscal es la Nación colombiana, y, por ende, quien tiene la facultad final de definir los destinos de las inversiones que se realicen con los recursos de dicho fondo.

Por otro lado, ya no desde una óptica judicial y legal, sino contractual, desde la cláusula segunda del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en 1938, modificada mediante contrato suscrito por las mismas partes el 24 de febrero de 1947, se estableció que el Comité Nacional de Cafeteros, órgano de dirección del Fondo Nacional del Café, tendría el siguiente objetivo y composición: “La intervención del Gobierno en la dirección de la Federación se regulará por las siguientes normas contenidas en el artículo 12 de los Estatutos de la Federación cuyo texto es el siguiente: El Comité Nacional de Cafeteros se



compondrá de diez (10) miembros así: “El Ministro de la Economía Nacional, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Relaciones Exteriores o el de Trabajo, Higiene y Previsión Social, según el caso, el Gerente de la Caja del Crédito Agrario, Industrial y Minero y un miembro designado por el señor Presidente de la República; y de cinco (5) miembros elegidos por el Comité Nacional de Cafeteros con sus respectivos suplentes personales; en caso de empate, decidirá el voto del señor Presidente de la República.”

De la cláusula transcrita, es claro que no sólo el Gobierno Nacional tiene los mismos votos que los líderes gremiales cafeteros en el órgano de dirección y manejo del Fondo Nacional del Café, sino que, además, en caso de empate, es el Presidente de la República, la cabeza del Gobierno Nacional, quien tiene la potestad de resolver el asunto. Lo anterior evidencia el control que tiene el Poder Ejecutivo en el Comité Nacional de Cafeteros, y por ende sobre el Fondo Nacional del Café y sus inversiones.

Ahora bien, el control real del Fondo Nacional del Café por parte del Gobierno Nacional y el rol de ejecutor o intermediario de la Federación se pone en evidencia nuevamente al revisar el Contrato de Administración suscrito entre la Federación y el Ejecutivo en diciembre de 1978. En este nuevo contrato, el Gobierno Nacional impuso la obligación a la Federación de ejecutar y destinar los recursos del Fondo Nacional del Café para ciertas actividades, dentro de las cuales se incluye al terno de la cláusula cuarta: “g) crear, adquirir, promover o apoyar empresas complementarias de la industria del café o efectuar inversiones en las mismas.”

Adicionalmente, se prevé expresamente en este nuevo contrato que cualquier operación que implique un egreso o compromiso del Fondo Nacional del Café, incluyendo las inversiones, deben estar contenidas en un presupuesto anual, que en cualquier caso deberá contar con el voto favorable del Ministro de Hacienda, sin importar la composición del Comité Nacional.

Concretamente, la cláusula quinta del citado contrato que estableció el citado poder de veto en cabeza del Ministro de Hacienda, indica lo siguiente: “CLÁUSULA QUINTA: Las operaciones que impliquen egresos o compromisos del Fondo Nacional del Café deberán estar previstos en presupuesto que de dicho Fondo elaborará anualmente la Federación con la aprobación del Comité Nacional, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y su posterior sanción ejecutiva. Para efectuar las inversiones a que se refiere la cláusula décima tercera de este contrato, deberán someterse, en cada caso, a



la previa aprobación del Comité Nacional de la Federación, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y su posterior sanción ejecutiva.”

Así las cosas, nuevamente la cláusula quinta del referido contrato de administración es clara en demostrar que el control sobre las inversiones del Fondo Nacional del Café, incluyendo por supuesto las realizadas en la Flota Mercante, dependen enteramente del poder de veto del Ministro de Hacienda.

Ahora bien, revisando el contrato de 1988, la cláusula décima novena sobre inversiones del Contrato de Administración suscrito entre la Federación y el Gobierno Nacional en diciembre 22 de 1988, previó lo siguiente: “ las inversiones de carácter permanente en inmuebles o sociedades, que se hagan con recursos del Fondo Nacional de Café, deberán estar previstas en el presupuesto de éste y someterse, en cada caso, a la previa aprobación del Comité Nacional de Cafeteros con el voto favorable del Ministro de Hacienda y a posterior sanción ejecutiva.”

En ese mismo sentido, la cláusula vigésima del referido contrato, estableció lo siguiente: “El Comité Nacional con el voto favorable del Ministro de Hacienda, determinará antes del 30 de junio de 1989, la lista de empresas e inversiones realizadas con recursos del Fondo Nacional del Café que se consideren indispensables para el desarrollo de la política cafetera, en las cuales pueda mantener su vinculación patrimonial el Fondo Nacional del Café. (...)”

De la lectura de estos artículos se desprenden dos (2) elementos fundamentales, a saber: (i) la competencia del Comité Nacional de Cafeteros para decidir sobre el destino de las inversiones que se hagan con los recursos del Fondo Nacional del Café; y (ii) el poder de veto del Ministro de Hacienda, que debe aprobar toda propuesta relativa a la inversión de estos recursos para que la misma vea la luz del día.

Ahora bien, de acuerdo con la cláusula trigésima primera, relativa al funcionamiento del Comité Nacional de Cafeteros, se establece una cláusula de control preferente del Gobierno Nacional en las decisiones del Fondo Nacional, en los siguientes términos: “Para los fines del presente contrato, los miembros del comité nacionales de cafeteros elegidos por el gremio no podrán tener un poder de voto superior al de la representación del GOBIERNO en tal organismo, la cual estará integrada por los Ministros de Relaciones Exteriores, Hacienda, Agricultura y Desarrollo, el Jefe del Departamento Nacional de Planeación y el Gerente de la Caja Agraria.



El Ministro de Hacienda tendrá tantos votos como sean necesarios para equilibrar el poder de voto entre el Gobierno y los representantes cafeteros. Cuando ocurran empates al votarse una medida, los dirimirá el señor Presidente de la República.”

Nótese cómo esta disposición reitera un control de las decisiones del Fondo Nacional del Café en cabeza del Gobierno Nacional, no sólo al igualar el poder de voto entre los miembros del Comité Nacional de Cafeteros a través del Ministro de Hacienda, sino además otorgando el poder de desempate al Presidente de la República.

Finalmente, al revisar el Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en el año 2016, se observa que la misma cláusula de control a cargo del Gobierno Nacional, se encuentra presente. En efecto, establece al respecto la cláusula tercera: “la representación gremial en el Comité no podrá tener un poder de voto superior a la representación del gobierno. El Ministro de Hacienda y Crédito Público tendrá tantos votos como sean necesarios para igualar numéricamente la votación.

En todo caso, las decisiones que se adopten en el Comité Nacional de Cafeteros deberán contar con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público. Cuando se presenten empatas al votarse una medida, serán dirimidos por el señor Presidente de la República.

En consecuencia, como se puede evidenciar de la lectura de los contratos de administración que se han suscrito, el Gobierno Nacional es el responsable final y real de la gestión del Fondo Nacional del Café, y, por ende, quien tiene la facultad final de definir los destinos de las inversiones que se realicen con los recursos de dicho fondo. En ese orden de ideas, es correcto que sea el Gobierno Nacional el responsable por los pasivos pensionales y aportes a seguridad social dejados de pagar como consecuencia de la liquidación de la Flota Mercante.

Por ello deviene como necesario que la Nación asuma el pasivo pensional de la Flota Mercante Gran colombiana.



PROBLEMA A RESOLVER

De conformidad con el contenido de la exposición de motivos y las consideraciones de los autores del proyecto de ley No. 203 de 2020 Cámara, esta iniciativa plantea buscar alternativas al problema del uso de recursos del Fondo Nacional del Café al pago del pasivo pensional de la Flota Mercante Grancolombiana. De ser asumido por la Nación el pago de este pasivo pensional, los recursos del Fondo Nacional del Café se podrían destinar al beneficio de cerca de 540 mil familias cafeteras en términos de sostenibilidad económica, productividad de los cafetales, capacidad de ejecución técnica e incluso con la disponibilidad de montos para el co-financiamiento de proyectos y mecanismos de cobertura sobre el precio. Los recursos podrían dirigirse hacia el fortalecimiento del extensionismo rural, los Comités Departamentales de Cafeteros, el programa de renovación de cafetales, el Fondo de Estabilización de Precios del Café (FEPC), entre otros.

Tan solo el programa de renovación de cafetales – que busca renovar una proporción considerable del área cafetera nacional – ha movilizado recursos públicos cercanos a los COP\$40 mil millones; por su parte los dineros públicos dirigidos al sector cafetero a través del Incentivo Gubernamental para la Equidad Cafetera (IGEC) totalizaron COP\$217 mil millones para el año 2019, entre subsidio a la carga (COP\$203 mil millones) y alivio de deudas (COP\$15 mil millones). Todos estos montos pudieron haber sido asumidos directamente por el Fondo Nacional del Café, de no contarse con compromisos como los asumidos por el pasivo pensional de la Flota.

IMPORTANCIA DE LA INICIATIVA

A través de los años, el sector caficultor se ha posicionado como uno de los sectores más influyentes en la economía del país. Esto se puede distinguir a través de los indicadores de empleo, exportaciones, valor de la producción y costo de oportunidad de la caficultura.

De acuerdo con la Federación Nacional de Cafeteros, el sector genera cerca de 785 mil ocupados directos, lo que equivale al 26% del total del empleo agrícola. Si se compara con otras actividades agropecuarias, es 3,5 veces mayor al empleo creado por los cultivos de arroz, maíz y papa juntos, y es 10 veces más grande de lo que generan los cultivos de palma africana y caucho juntos. Esto significa que la caficultura es un verdadero motor de desarrollo en la economía rural, toda vez que el valor de las



cosechas se redistribuye como ingreso entre las más de 550 mil familias que habitan en 595 municipios del país. Así las cosas y con este potencial, de acuerdo con estudios del Banco de la República el efecto multiplicador de un incremento de 10% en el ingreso cafetero es de 43pb sobre el PIB, aspecto fundamental pues, si lo comparamos con una situación similar en el sector minero, el efecto apenas impactaría en 4pb el PIB total¹.

A pesar del gran aporte del sector caficultor al país, de acuerdo con el Banco de la República, en los últimos años se ha presentado una pérdida de importancia económica de la caficultura en Colombia, tanto en el contexto nacional como en el internacional, se explica, principalmente, por la caída dramática de su productividad; el consiguiente empobrecimiento de los caficultores, así como por el envejecimiento de estos y de los cafetos; la lentitud de los procesos de adopción de nuevas tecnologías y variedades resistentes a las plagas, en especial la roya; y la baja fertilización, entre otros factores.²

Es por lo anterior que el proyecto de ley en cuestión busca que los recursos del Fondo Nacional del Café se destinen a la mejora de la productividad y la capacidad de ejecución técnica de los cultivos. Asimismo, el proyecto busca que se asegure la continuidad del pago pensional de las más de 700 familias a través de los ingresos de la Nación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

En concepto del 11 de septiembre de 2020, con número de radicado 40451/2020/OFI, el ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó no estar en acuerdo con la iniciativa legislativa por presentar en su opinión, futuros vicios de inconstitucionalidad.

Entonces, para el ministerio la presente iniciativa i) se torna en inconstitucional, ii) no se encuentra contemplada en las proyecciones de gasto de mediano plazo que le permitan a la Nación asumir el pasivo pensional con cargo al Presupuesto General de la Nación y, iii) no se compadece con la crisis que actualmente está afrontando el país

¹ Federación Nacional de Cafeteros. Caficultura sostenible, moderna y competitiva. Tomado de: https://federaciondefcafeteros.org/app/uploads/2019/12/Econom%C3%ADa-Cafetera-No.-30_Web.pdf

² Banco de la República. El mercado mundial del café y su impacto en Colombia. Borradores de economía. tomado de: https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be_710.pdf



en virtud a la pandemia del COVID-19, y con el esfuerzo económico que se está haciendo para reactivar los sectores de la economía afectados, razones suficientes para que esta

Sin embargo, a pesar de la magnífica aplicación de una experticia en análisis e interpretación de la jurisprudencia de la corte constitucional y del manejo de una experticia en derecho constitucional, el Ministerio de Hacienda ubica su óptica del problema en una costa que es la equivocada, pues deja de lado aspectos igual de importantes constitucionalmente hablando, lo que genera es un estado de inconstitucionalidad, siempre que el proyecto de Ley en cuestión, no sea aprobado por la Corporación y resulte en Ley de la República. A continuación se expone el otro lado de la discusión constitucional que el Ministerio olvida en su concepto.

Es muchísimo más inconstitucional inobservar las normas del sistema general de pensiones y los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto que establecer en cabeza de quien corresponde desde un nivel legal, la responsabilidad de pagar pasivos pensionales a una gran cantidad de individuos del sector cafetero del país, símbolo de la industria colombiana en el extranjero.

La Corte Constitucional, pese a un precedente establecido en la sentencia C-506 de 2001, ha tenido diferentes interpretaciones respecto de un tema que también debe ser analizado al momento de hablar de constitucionalidad del proyecto en cuestión. La obligatoriedad de realizar provisiones con respecto a trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que laboraban en municipios sin cobertura del I.S.S.

En tal sentido, presentamos la siguiente línea jurisprudencial, donde podemos evidenciar la inexistencia de una regla de derecho aplicable a casos análogos derivada de la sentencia T-784 de 2010 y en virtud de la cual, pudiese surgir alguna obligación a cargo de terceros.

De conformidad con lo anterior, encontramos que, el precedente aplicable al caso en estudio, no es otro que el establecido por la Sala Plena, esto es, el fijado en la sentencia C-506 de 2001 y según el cual:

“Ahora bien, solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago



de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma, para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la Ley 100)

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

Esta interpretación ha sido acogida y desarrollada por distintas salas de revisión de tutela; sin embargo, en razón de la diversidad de criterios entre salas y en pro de determinar la regla de derecho aplicable a situaciones análogas en virtud del principio de coherencia jurisprudencial, es de anotar que a posteriori continúa señalando la Corte, en lo que podríamos catalogar como la “*ratio decidendi*” de la sentencia en cita:

“Lo que no podía hacer el legislador, sin embargo, era establecer obligaciones en relación con situaciones jurídicas consolidadas.

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

Crear en cabeza del empleador una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 y 58 C.P.). Así lo ha reconocido la Corte en los siguientes términos:



“El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron”.

Todos estos elementos necesariamente inciden dentro del test de igualdad efectuado por la Corte, en atención a la alegación de la demandante referente a la discriminación en la que se incurriría en la ley 100 respecto de los trabajadores cuyo vínculo laboral ya no existía a la entrada en vigencia de la norma, pero que laboraron antes de esa fecha para empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. La demandante considera esta situación como injusta e inequitativa y carente de toda justificación objetiva y razonable, amén de violar numerosos preceptos constitucionales.”

A su vez, esta Corporación en la “*ratio decidendi*” de la sentencia T-020 de 2012, reitera la regla general de la decisión fijada en la C-506 de 2001, al señalar:

“Antes de la modificación incluida por la Ley 797 de 2003, la Corte Constitucional, en la sentencia C-506 de 2001 ya referida, declaró exequible la expresión “siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley”, contenida en el literal c) del párrafo 1º, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

*Dentro de la parte motiva de esa providencia, esta corporación señaló que con la Ley 100 de 1993 **nace como nueva obligación** para los empleadores del sector privado, a quienes les correspondía reconocer y pagar la pensión, “aprovisionar los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la ley, o que se inició con posterioridad a la misma”.*

Bajo ese entendido, la Corte Constitucional puntualizó que dar un efecto retroactivo a dicha obligación, frente a relaciones laborales ya extintas, desconocería la seguridad jurídica propia del Estado social de derecho, lo cual resultaría contrario a la carta política.



Modificado el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 por el 9° de la Ley 797 de 2003, en el literal c) del párrafo primero ya citado, la expresión “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, también fue objeto de pronunciamiento (C-1024 de 20 de octubre de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil³), resolviéndose estar a lo resuelto en el fallo C-506 de 2001 citado.

En ese orden, la Sala Plena de esta corporación, con fuerza de cosa juzgada constitucional, encontró acorde a la carta política que el legislador exija que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (abril 1° de 1994), la relación laboral de un trabajador, cuyo empleador tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, esté vigente, para poder computar el tiempo de servicio prestado en precedencia.”

Entonces, la Sala Plena en criterio que ha venido siendo desarrollado y aplicado por diversas salas de la corte, declaró exequible la previsión de la Ley 100 de 1993, en virtud de la cual, se exigió la existencia del vínculo contractual para la fecha de la entrada en vigencia de esta, como requisito “*sine que non*” para poder computar tiempos de servicio anteriores; decisión que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional.

Por lo demás y aun a modo de discusión, las sentencias más recientes sobre el punto en discusión, se han apartado del criterio fijado por la Sala Octava en la T-784 de 2010, al respecto señaló la Sala Segunda en la T-543 de 2015, trayendo a colación a su vez la sentencia T-435 de 2014:

*“Así en virtud del principio extensamente explicado, para superar la imposibilidad del peticionario de acceder a la pensión de jubilación, la Sala considera que los antiguos patronos deben hacer el pago de **los aportes faltantes** al trabajador para cumplir los requisitos mínimos de la pensión de vejez, siendo enfáticos en que no se trata de la **totalidad de los aportes** por el tiempo completo laborado sino el necesario restante para que la persona pueda pensionarse o todo si las semanas aún son insuficientes. Así mismo, para efectos de los aportes, el salario que debería tenerse en cuenta no ha de ser necesariamente el que devengaba el ex trabajador, sino **el salario mínimo** de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral. Igualmente, considerando que fue el Estado Colombiano, **a través del legislador, quien de alguna forma omitió brindar un remedio legal para los casos del contingente pensional que se analiza, también le***

³ Reiterado además en la sentencia C-1024 de octubre 20 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.



asiste responsabilidad, la cual debe ser asumida por el Sistema en el sentido de no recibir todos los aportes de la vida laboral de una persona, sino tan solo los necesarios para obtener la pensión. Finalmente, teniendo en cuenta que las cotizaciones al sistema también se componen de un aporte del trabajador, considera la Sala que en estos casos el mismo debe contribuir en una proporción.”

De conformidad con tal interpretación, se evidencia una tercera posición al interior de este Tribunal Constitucional, en este caso, sostenida por las salas segunda y tercera, las cuales igualmente inaplican la regla de derecho de la sentencia de constitucionalidad para un caso concreto; razón por la cual y con base en el principio de equidad por no existir norma aplicable, fijan los siguientes criterios:

- i) Se debe acreditar la **imposibilidad** del peticionario de acceder a la pensión de jubilación.
- ii) Se deben hacer únicamente el pago de los **aportes faltantes** para cumplir los requisitos mínimos de la pensión de vejez. (No se trata de la totalidad de los aportes por el tiempo laborado, solo los necesarios para cumplir los mínimos)
- iii) El salario que debe tenerse en cuenta, es el salario mínimo de la época en que se ejecutó la relación laboral.
- iv) Al asistirle responsabilidad al estado por la omisión legislativa, el Sistema de asumir parte de la responsabilidad, en tal sentido, no recibirá todos los aportes de la vida laboral, sino los necesarios para obtener la pensión.
- v) El **trabajador** debe contribuir en una proporción a financiar los aportes faltantes.

Por lo anterior, tenemos que, en primera medida debe aplicarse la regla de derecho fijada por la Sala Plena de la Corte y desarrollada entre otras, por las sala primera y sexta de decisión de tutela, según la cual, al no existir obligación legal, no le corresponde al empleador efectuar aprovisionamiento alguno para el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Subsidiariamente y en caso que, se pretenda para un caso concreto inaplicar la disposición de la Ley 100 y la interpretación que de ella efectuó este Tribunal, se deberán tener en cuenta los criterios establecidos en las sentencias T-435/14 y T-543/15, lo anterior a efectos de no vulnerar el núcleo esencial de los derechos



fundamentales de los empleadores que no estando obligados se ven constreñidos a cumplir judicialmente con una norma aplicada de manera retroactiva, en contravía de una disposición legal, de la ratio decidendi de una sentencia de constitucionalidad y del principio de coherencia interna o jurisprudencial.

Al respecto vale la pena resaltar el acertado pronunciamiento que sobre el tema el Dr. Fernando Castillo Cadena, pronunció dentro de la sentencia de casación 68.421 de agosto 28 de 2018, Sala de casación Laboral, Corte suprema de Justicia.

i) La responsabilidad del empleador en zonas sin cobertura geográfica del Instituto de Seguros Sociales.

Como resulta claro, conforme al inciso 2° del artículo 259 del Código Sustantivo de Trabajo, en ausencia de cobertura de riesgo por parte del Instituto de Seguros Sociales, el empleador se encontraba obligado en los términos del Código Sustantivo del Trabajo al pago efectivo de sus obligaciones pensionales. En forma ordinaria, el empleador quedaba obligado en los términos del artículo 260, la que se puede definir como jubilación ordinaria, y al pago de las pensiones restringidas contenidas en el artículo 267, que fue subrogado por el 8 de la Ley 171 de 1961, posteriormente modificado por el 37 de la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, el derecho eventual a una pensión de jubilación y, por tanto, la previsión a cargo del empleador, sólo podía predicarse frente a estas posibilidades y no frente a otras. En concreto, los derechos eventuales pensionales a cargo del empleador sólo surgían a partir del momento en que el trabajador cumplía 10 años de servicios continuos o discontinuos, al introducirse la posibilidad de otorgar la pensión sanción después de 10 años de servicios. Recuérdese que el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo la preveía sí, pero para aquellos trabajadores que hubiesen laborado al menos 15 años continuos o discontinuos con el empleador. Para los trabajadores con menos tiempo en la empresa no existía derecho eventual a la pensión; fueran o no despedidos sin justa causa, no generaban siquiera expectativas pensionales a cargo de la empresa.

ii) El vehículo financiero para el pago de la obligación pensional.

En nuestro criterio, aparece claro que no hubo omisión del empleador en relación con la inscripción de su trabajador a la seguridad social en razón de que no existía cobertura geográfica. Sin embargo, estimo que, la demandada fue condenada al pago del título



pensional en los términos del Decreto 1887 de 1994. No obstante, dicho instrumento fue concebido, única y exclusivamente, para garantizar el pago de las obligaciones pensionales de las empresas que al 23 de diciembre de 1993 reconocían y pagaban sus propias pensiones, por no existir cobertura geográfica del Instituto de Seguros Sociales; no sobre las empresas que ya venían inscritas a dicha entidad antes de la vigencia del Sistema General de Pensiones, pues sus obligaciones pensionales, en estricto sentido, ya estaban reguladas por los Acuerdos de la entidad, debidamente aprobados, mediante norma reglamentaria, por el Gobierno Nacional.

Fue la Ley 100 de 1993, y no una norma anterior, la que transformó íntegramente la responsabilidad individual pensional del empleador, conforme al Código Sustantivo del Trabajo, en responsabilidad social a cargo del Sistema, al establecer una protección, más allá de los derechos eventuales, por los tiempos de servicios prestados, independientemente de su duración, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, pero única y exclusivamente en relación con aquellos trabajadores que tenían la relación vigente al 23 de diciembre de 1993, o la iniciaron con posterioridad a ella. Razones de coordinación económica y de supervivencia del sector real de la economía, en especial como fuente de empleo, imponían esta solución normativa, que, aunque aparentemente restrictiva, se torna en un gran avance de la seguridad social, sin que se pueda aducir una presunta falta de equidad.

Así las cosas, como estimo que el empleador no tenía ninguna obligación pensional por los tiempos demandados, dada la falta de cobertura geográfica y la ausencia de derechos eventuales, y el vehículo financiero al que se condenó no responde a la teleología del Sistema General de Pensiones, para estos casos particulares.

De la inexistencia de obligación legal y la consecuente ilegalidad de la sanción.

Adicionalmente a lo expuesto por las diferentes Salas de la Corte Constitucional, debemos resaltar como argumento a tener en cuenta en el presente caso que, estando en imposibilidad de cotizar al I.S.S. un empleador, mal podría estar en mora y en incumplimiento de entregar una suma de dinero que no estaba obligada ni a traspasar ni a aprovisionar.

Lo que hoy se pediría trasladar por su cuantía (cálculos, bonos, reservas) es una suma punitiva que involucra una sanción producto de un incumplimiento legal, lo cual es



inconstitucional pues no había obligación y por tanto, no había incumplimiento de ninguna norma.

En consonancia con la anterior argumentación, señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-475 de 2004, que:

“El principio de legalidad de las sanciones exige que estas estén determinadas en el momento de cometer la infracción. Quien lleva a cabo una conducta legalmente prohibida bajo apremio de sanción penal o administrativa debe conocer previamente cuál es el castigo que acarrea su comportamiento. Este castigo no puede quedar a la definición ulterior de quien lo impone, pues tal posibilidad desconoce la garantía en contra de la arbitrariedad. Así pues, las sanciones deben estar legalmente determinadas taxativa e inequívocamente en el momento de comisión del ilícito, sin que el legislador pueda hacer diseños de sanciones “determinables” con posterioridad a la verificación de la conducta reprimida. Esta posibilidad de determinación posterior ciertamente deja su señalamiento en manos de quien impone la sanción, contraviniendo el mandato superior según el cual deber el legislador quien haga tal cosa.”

En consecuencia, es de resaltar que, los cálculos actuariales que hoy se liquidan por los fondos de pensiones como suma a entregar para la financiación de la respectiva pensión de vejez, incluyen moras, intereses a la tasa de DTF pensional, catorce mesadas, auxilios funerarios y demás conceptos, derivados de obligaciones hoy existentes, pero que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no existían. Es decir, se trata de condenas a pagos de obligaciones calculadas bajo las modalidades más onerosas y gravosas para los empleadores, y comprometiendo con ello su existencia, lo cual, violaría los derechos de la persona natural o jurídica ya que se sanciona con el pago del cálculo actuarial derivado del incumplimiento de una norma inexistente.

De la forma de liquidación de la condena solicitada por la parte actora.

En todo caso y aún a modo de discusión, debo resaltar que si bien, partimos de la inexistencia de la obligación reclamada, pues para las fechas señaladas en el libelo incoatorio como extremos de la supuesta relación laboral, aún no se había producido el llamada a afiliación de los trabajadores de mar, por parte del entonces Instituto de Seguros Sociales, es pertinente resaltar que, si lo que se pretende es el pago de unos aportes en virtud de un supuesto deber de aprovisionamiento, en tal caso debe



tenerse en cuenta que, el porcentaje de cotización para la fecha de fenecimiento de la supuesta relación laboral, ello es, junio de 1990, correspondía al 6.5% del IBC, cuyo tope en ningún caso podía ser superior a 21 SMMLV de la época, siendo inferior en razón a la categoría del respectivo trabajador, esto en los términos del Decreto 2610 de 1989. Así mismo, para la data indicada el empleador únicamente tenía a cargo el reconocimiento del 66% de dicho porcentaje (6.5%), siendo claro que, la supuesta provisión en caso de considerarse que existía tal obligación, habría debido tener este marco con base en la normatividad vigente para la época y en consecuencia, cualquier condena relativa a la misma, se deberá liquidar con base en estos supuestos, de lo contrario se trataría de una evidente aplicación retroactiva en más de 20 años e inconstitucional de las reformas introducidas a la Ley 100 de 1993 por parte de la Ley 797 de 2003.

Bajo tales consideraciones, no se podría ordenar a la Empresa el pago del 100% de los valores dejados de cancelar durante periodos en los cuales no se había producido el llamado a afiliación por el entonces Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), pues bajo este entendimiento no hay omisión de afiliación ni de cotización, sino la cobertura del riesgo de vejez a través del modelo de pensión de jubilación previsto en los artículos 260 y Ss. del CST.

Por tanto, y aun obviando lo anterior, se debe indicar que el Sistema de Prima Media desde sus orígenes, se articuló con base en la existencia de 3 partes y un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, correspondiendo a empleador y trabajador el pago de sus correspondientes aportes. En este caso al no existir omisión de afiliación por culpa del empleador, sino por omisión legislativa, cada parte debe asumir sus correspondientes porcentajes, argumento que ha venido siendo reconocido por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C.

PROPOSICIÓN

Con fundamento en las razones expuestas, me permito rendir **ponencia positiva** y en consecuencia solicitarle a la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes **dar primer debate** al Proyecto de Ley No. 203 de 2020 cámara “**por medio de la cual la nación asume el pago del pasivo pensional a cargo del fondo nacional del café**”.



Cordialmente,



ENRIQUE CABRALES BAQUERO
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR BOGOTÁ

TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 203 2020

“Por medio de la cual la Nación asume el pago del pasivo pensional a cargo del fondo nacional del café”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1. Con el fin de asegurar el ingreso y productividad del sector cafetero, autorícese a la Nación a asumir directa o indirectamente el pasivo pensional y prestacional correspondiente a la totalidad de las pensiones ciertas y contingentes, pagaderas a los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A Liquidada.

Parágrafo 1. El Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público reglamentará la forma en la cual será asumido el pasivo pensional y prestacional en un término máximo de seis (6) meses posteriores a la expedición de la ley.



Parágrafo 2. Los recursos disponibles se destinarán únicamente a programas de mejora de la productividad del sector cafetero.

Artículo 2. La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Del Honorable Congresista,



ENRIQUE CABRALES BAQUERÒ
Representante a la Cámara
Partido Centro Democrático