

INFORME FINAL DE INVESTIGACIÓN

**EFFECTOS PROCESALES DE LA CONSULTA DE SENTENCIAS LABORALES
CONTRARIAS A COLPENSIONES CUANDO LA NACIÓN ES GARANTE EN
VIGENCIA DE LA LEY 1149 DE 2007**

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO

C.C. 98.387.171

JOSÉ CARLOS HERNÁNDEZ ZULUAGA

C.C. 8.027.554

ASESOR:

Dr. DIMARO ALEXIS AGUDELO MEJÍA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

MEDELLÍN

AGOSTO 2016

TABLA DE CONTENIDO

1. Título.....	3
2. Planteamiento del problema.....	4
3. Formulación del problema.....	10
4. Marco Teórico.....	11
4.1 Del grado jurisdiccional de consulta en materia procesal laboral y de la seguridad social. (Objetivo No. 1).....	11
4.2 Características jurídicas de la posición de garante. (Objetivo No. 2).....	27
4.3 Formas de vinculación procesal de la Nación en el proceso ordinario laboral y de la seguridad social, al constituirse Aquella en garante de las obligacion- es de Colpensiones, en vigencia de la Ley 1149 de 2007 y sus efectos en el grado jurisdiccional de consulta. (Objetivo No. 3).....	55
4.4 Intervención de terceros en el proceso laboral en contra de Colpensiones. (Objetivo No. 3).....	64
4.5 Efectos procesales de la consulta como modificación de la Ley 1149 de 2007. (Objetivo No. 3).....	79
5. Objetivos.....	84
5.1. General.....	84
5.2 Objetivos Específicos.....	84
6. Propósito.....	85
7. Hipótesis.....	86
8. Metodología.....	87
8.1 Tipo de investigación.....	87
8.2 Obtención del dato.....	87
8.3 Gestión del dato.....	88
8.4 Recolección del dato.....	88
8.5 Control de sesgos.....	88
8.6 Procesamiento del dato.....	98
8.7 Diseño del plan de datos.....	90
9. Resultados.....	92
9.1 Resultados en cuanto al primer objetivo.....	92
9.2 Resultados en cuanto al segundo objetivo.....	94
9.3 Resultados en cuanto al tercer objetivo.....	95
10. Conclusiones.....	100
11. Recomendaciones.....	104
12. Ética.....	106
13. Anexos. Fichas de análisis jurisprudencial.....	107
14. Bibliografía.....	113

1. TÍTULO

**EFFECTOS PROCESALES DE LA CONSULTA DE SENTENCIAS LABORALES
CONTRARIAS A COLPENSIONES CUANDO LA NACIÓN ES GARANTE EN
VIGENCIA DE LA LEY 1149 DE 2007**

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Al ampliarse los alcances del grado jurisdiccional de consulta a favor de entidades como Colpensiones, bajo el expediente de la garantía que la Nación ejerce respecto de las obligaciones que aquellas asumen, se configuran situaciones que se consideró que deben ser analizadas, como las opciones de intervención procesal que se generan para la entidad garante, aún antes de surtirse la consulta, y en la medida que los demandantes podrían optar por hacer efectiva la garantía ofrecida, una vez obtenida la sentencia ordinaria, incluso en el curso de un proceso de ejecución.

De otra parte se abre, aún más que antes, la posibilidad de generar nulidades por pretermisión de la instancia, en caso de omitirse la consulta de sentencias contrarias a la entidad demandada, situación que sería relevante en aquellos procesos ordinarios que, habiéndose surtido entre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007 y la expedición de las sentencias de tutela STL 4126-2013 y STL 4255-2013 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pasaron a la fase de ejecución de las condenas impuestas, sin subir ante el superior funcional del fallador para cumplir con el trámite consultivo. Esta situación ocurrió en razón de que la ley comenzó a regir en diferentes momentos para los distintos distritos judiciales en que se divide el mapa judicial del país, según lo dispusiera el Consejo Superior de la Judicatura, hasta consolidar su vigencia en todo el territorio nacional a partir del 1 de enero del año 2012, por lo que algunos distritos judiciales que estaban practicando los procesos bajo esa norma, no consideraron en su momento que la consulta fuese obligatoria, pues el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, no había sido considerado como entidad garantizada por la Nación. Por el contrario, hoy en día, con el advenimiento de los aludidos fallos emitidos en sede constitucional, surge la pregunta acerca de si aquellos procesos deben o no interrumpir su actual curso, para regresar a los tribunales superiores a cumplir el mandato legal de revisión.

Asimismo, al asumir la Nación una posición de garante frente a Colpensiones, debe estudiarse cuál es el alcance y las consecuencias de esa condición que

adopta el máximo ente estatal, para establecer si la misma implica su intervención directa a lo largo del proceso judicial, o solo en las actuaciones posteriores, tales como los trámites ejecutivos en los que se pretenda el pago de la obligación a costa de la garantía ofrecida por la Nación. De allí surge la necesidad, no solo de indagar, sino de estudiar teóricamente los efectos que se generan cuando una entidad se constituye en garante de obligaciones como las que de manera debe asumir Colpensiones, dado que lo genérico de la manifestación legal de garantía, permite interpretaciones diferentes acerca del sentido de esa protección, pues se puede considerar que es una garantía global y previa a la asunción de obligaciones concretas, o, por el contrario, que es una garantía concreta e individualizada para aquellos casos en que el fondo pensional carezca de recursos para pagar las prestaciones a su cargo.

En otro orden, aparecen situaciones referidas a la duración misma del proceso, que por virtud de la nueva etapa procesal, en el caso de fallos que afecten a Colpensiones, se alarga indefectiblemente, pudiendo llegar a dilatar el momento del disfrute de los derechos pensionales que se han adquirido, cuyo carácter vital para el afiliado implica la necesidad de una pronta resolución del proceso, aspiración que se diluye al interponerse el deber de consultar el fallo.

Esta situación parece ser relevante, desde un punto de vista de los derechos fundamentales de los usuarios de la justicia laboral, sobre todo si se tiene en cuenta que generalmente se trata de personas de la tercera edad, a cuyo cargo suelen estar otros miembros de su grupo familiar, que aún pudieran estar en situación de especial protección: menores, personas inválidas, mujeres en estado de embarazo, estudiantes sin capacidad para laborar, entre otros. Así las cosas, la extensión temporal adicional que debe padecer el proceso en virtud de la consulta en estos casos, resultaría atentatoria contra el oportuno disfrute de la prestación pensional, dado que con frecuencia, los demandantes son personas de edades avanzadas, que tras el trámite administrativo, y luego de surtirse las instancias judiciales, podrían ver retardado el goce de la pensión o incluso, no llegar a percibirla.

También surge una inquietud en cuanto a si la ampliación del término procesal suscitado a raíz de la consulta, puede atentar contra el derecho a una tutela judicial efectiva, que garantiza la Constitución Nacional, en la medida que el proceso no solo debe ser debido y eficiente, sino también oportuno y célere, para garantizar el acceso efectivo al disfrute de los derechos económicos litigados.

En otro aspecto de esta materia de estudio, al dar por cierto que está vigente la garantía a cargo de la Nación a favor de Colpensiones, surge un doble efecto de esa decisión, pues en primer lugar, y en un sentido amplio, esa garantía debería verse reflejada en un aporte presupuestal que hace la Nación al fondo de pensiones que administra la empresa estatal aludida. Desde este aspecto, la garantía es genérica, global, pues los recursos del erario pasan a integrar el capital del fondo de pensiones, convirtiéndose en dinero del sistema de seguridad social; pero además, la posición de garante que se asigna a la Nación implicaría un carácter concreto en cada caso que se estudie a nivel judicial, pues en los procesos debería establecerse si lo aportado por la Nación va a contribuir al pago de la prestación pensional específicamente estudiada, de manera que parece indispensable que la Nación también se defienda en cada uno de los casos particulares, no solo por medio de la consulta, sino de una vez y materialmente, a todo lo largo de la instancia inicial del proceso, para materializar su derecho de defensa, al tiempo que se concreta la garantía a favor de los afiliados y beneficiarios.

Ahora bien, la posición de garante también ha sido estudiada en la jurisprudencia constitucional, en sede de tutela, por ejemplo en la sentencia T-980 de 2003, que aunque se refiere al tema de salud, puede ser extrapolada en sus argumentos al caso en estudio, veamos:

La posición de garante significa que, de manera institucionalizada, la sociedad ha depositado en quienes asumen ciertos roles, confianza en que determinados riesgos estarán cubiertos. El incumplimiento de las responsabilidades propias del garante, implica minar –por decir lo menos- tal confianza. Esta confianza se concreta, a nivel normativo, en el principio de buena fe.

En punto al sistema de seguridad social en salud, la extracción de recursos al núcleo familiar, implica que los cotizantes generan una relación de confianza (en un sentido social) con los garantes de su salud. De buena fe asumen que les prestarán los servicios de salud requeridos. Es esta buena fe la que autoriza, desde otro punto de vista, tal extracción de recursos, así como la solidaridad obliga a que parte de tales recursos se distribuyan a favor de terceras personas.

La buena fe –o la confianza -, es un elemento indispensable en la sociedad contemporánea. No es posible el modelo de sociedad, si la confianza es traicionada de manera general. La sociedad, y para ello se apropia del sistema jurídico, requiere de la estabilización de ciertas expectativas, tales como el diligente cumplimiento de funciones sociales –o la autorresponsabilidad -. Si tales expectativas son permanentemente frustradas, no será posible la división del trabajo (base para el modelo económico) y, mucho menos, el respeto por el sistema jurídico. En tales circunstancias, el orden desaparece del horizonte y el caos retomará el lugar perdido.

Por otro lado, para aclarar el alcance de la posición de garante, se debe aludir a las diferentes visiones que sobre el tema ha manifestado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en diferentes épocas ha interpretado el significado o la figura del garante dentro del proceso judicial. En este sentido conviene citar el salvamento de voto manifestado por uno de los magistrados en diversos casos en los que se debía establecer los efectos de la condición aludida; como ejemplo concreto tenemos el salvamento de voto del magistrado LUIS JAVIER OSORIO en el expediente 25946 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

Ha de entenderse que, un garante es simplemente una persona que responde por la obligación de otra que la contrae y que no la satisface en su oportunidad, estando a su cargo hacerlo, mientras que el deudor solidario, por su voluntad, testamento o ley, siempre será deudor, pues en esa clase de obligaciones el total de la deuda puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores, de ahí que el artículo 1577 le confiera al deudor demandado la facultad de proponer todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, incluidas todas las personales suyas.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con ponencia del magistrado RIGOBERTO ECHEVERRY BUENO, expediente SL 471 – 2013, Radicación n° 40049, se estipuló acerca de este punto:

No se exhibe desacertada la inferencia del juzgador de segundo grado referente a que el obligado solidario, en el área del derecho del trabajo, no es otra cosa que un garante para el pago al trabajador de sus acreencias laborales, pues en estricto sentido lo que busca proteger el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, que prevé la institución jurídica del contratista independiente, caracterizada por la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra o servicio contratado, es precisamente que los trabajadores no se vean afectados en el reconocimiento de las obligaciones laborales que se causen a su favor, como consecuencia de la desafectación, que, en ocasiones, persiguen empresarios y entidades de diferente naturaleza, de la responsabilidad que implica la contratación directa de sus servidores, mediante la implementación de convenios con contratistas independientes, de modo que en el ámbito del derecho laboral cuando se expresa que el obligado solidario no es otra cosa que un garante para el pago al trabajador de sus acreencias laborales se hace en alusión expresa a la norma citada, que tiene unas características que le son propias y que la diferencian de otras figuras jurídicas que tienen aplicación en el campo del derecho civil, de acuerdo con la cual el contratante responde por las obligaciones laborales del contratista independiente. Conforme a la jurisprudencia de la Sala, la solidaridad referida obedece a la imperiosa necesidad de proteger los derechos de los trabajadores, haciendo extensivas al obligado solidario, en su condición de beneficiario del servicio o dueño de la obra contratada las deudas laborales a cargo del contratista, quien es el empleador, sin que esto signifique que se haga responsable al contratante de las acreencias laborales derivadas de la relación laboral y la culpa del empleador, sino que por virtud de la solidaridad le son exigibles las acreencias laborales surgidas a favor del trabajador.

Así las cosas, interpretando el concepto sobre garante que en materia laboral se esgrime por parte de la alta corporación, debe entenderse que dicha posición se justifica en la medida que, por la necesidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores o afiliados a la seguridad social, podría ese garante acudir al proceso como parte pasiva de la ejecución, o aún al interior del proceso declarativo, para salvaguardar su derecho a la defensa en el caso de un tema que eventualmente podría afectarle. Parecería viable extender este concepto al caso pensional, pues en este último, también aparece una parte débil cuyo interés entre en tensión con la administración de la seguridad social.

La Corte Constitucional ratifica esta consideración en Sentencia T-361 del 9 de mayo del año 2002, con ponencia del magistrado EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT en donde expresa:

De manera general, quien ostenta la posición de garante debe desplegar todos los esfuerzos necesarios para evitar la afectación del derecho garantizado. La posición de garante surge de múltiples factores, pero está definido por la esfera de actuación relativa al rol social de la persona. De ahí que aspectos institucionales- padre de familia, fuerza pública, prestador de servicios, etc.-o la generación de riesgos, constituyen elementos a considerar a la hora de establecer los deberes que surgen de la posición de garante y su responsabilidad, siempre y cuando guarden relación con la esfera respectiva.

A partir de estas interpretaciones judiciales cabe expresar la idea, que al parecer no fue tomada en cuenta por el legislador de la reforma del CPTSS, sobre los efectos que tiene el asignarle a la Nación dicha posición de garante, que pudo ser expresada con mayor profundidad al momento de redactar el texto legal.

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué efectos procesales acarrea la consulta de sentencias laborales proferidas en contra de Colpensiones, en tanto la Nación resulta garante de dicha empresa industrial y comercial del Estado, en vigencia de la Ley 1149 de 2007?

4. MARCO TEÓRICO

4.1 DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA EN MATERIA PROCESAL LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

4.1.1 ¿Qué se entiende por grado jurisdiccional de consulta?

En el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, reformado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, la consulta es una habilitación oficiosa de la competencia del superior funcional del juez de primer grado, y que aquel debe ejercer revisando ciertas sentencias del último; esta revisión emana de un mandato legal y no hace parte de la enumeración de los recursos que pudieran surtir dentro de un proceso laboral de primera instancia, así lo ha explicado JIMÉNEZ (2013, P. 191) quien ha dicho respecto de la definición del grado jurisdiccional y su calificación:

Debemos precisar como lo han hecho la jurisprudencia y la doctrina, que en lo laboral es indudable que la consulta no es un recurso, puesto que el Artículo 62 de su código de procedimiento al enumerar las diversas clases de recursos, deliberadamente excluyó aquella.

(...) En conclusión, la consulta se sitúa dentro de las normas de orden público procedimental y es indispensable su ejecución para imponer la legalidad.

Resulta evidente la diferencia que existe entre los recursos como actos de parte procesal y la consulta como una habilitación legal y expresa, que por deber funcional tienen los jueces laborales de segunda instancia. Otros doctrinantes han calificado la consulta de forma diversa, con el fin de evitar un desgajamiento filosófico y etimológico del principio procesal de la doble instancia. Al respecto dice BOTERO (2013, P. 416):

Aun cuando no se encuentra consagrado en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social como recurso propiamente dicho, su estudio resulta pertinente en esta ocasión por el hecho de que jurisprudencialmente se le ha catalogado como una especie de apelación que opera por ministerio de la Ley en cuanto el Artículo 69 de dicho estatuto, modificado por el Artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 establece: “además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”.

Así pues, la diversidad de interpretaciones sobre la figura permite considerarla, tanto una especie de apelación forzosa, una suerte de recurso sin intervención de parte, como una habilitación emanada de la ley, o una obligación funcional.

Dentro de las interpretaciones posibles la Corte Constitucional ha establecido una noción que consta en la sentencia de exequibilidad C-968 de 2003 en la que fue Magistrada Ponente CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ; ahí se dijo, citando la sentencia C-153 de 1995:

A diferencia de la apelación, la consulta no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.

Esta transcripción indica que la consulta es, según la corporación, una institución procesal que tiene origen en la competencia funcional de la que se ha investido a un funcionario. En la providencia en cita se explica que dicha habilitación funcional encuadra como una dispensación de competencia que no surge de la impugnación por parte de los litigantes, sino que se manifiesta *ope legis*.

En la misma sentencia de constitucionalidad se precisa la consulta así:

La jurisprudencia constitucional ha expresado que la consulta no es un auténtico recurso sino un grado jurisdiccional que habilita al superior jerárquico para revisar la legalidad de algunas providencias, por mandato de la ley y sin que medie impugnación por parte del sujeto procesal que se considere agraviado. Por tal razón, el juez que conoce de la consulta cuenta con amplia competencia para examinar la actuación, no estando sujeto, por tanto, a límites como el de la non reformatio in pejus. Además ha precisado que aun cuando la consulta tiene un vínculo especial con el debido proceso y el derecho de defensa, este no es de carácter necesario e inescindible, por lo cual su ausencia no acarrea indefectiblemente la vulneración de tales derechos, como tampoco vulnera la Carta el señalamiento de diversos

requisitos de procedibilidad y las distintas finalidades con las cuales haya sido instituida la consulta, siempre y cuando respondan a supuestos de hecho disímiles y puedan ser justificados objetivamente.

Por su parte, el tribunal de casación colombiano, aunque no plantea una definición de la consulta, sí esboza algunos de sus rasgos característicos, incluso desde la época del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, que así se pronunció en sentencia del 21 de noviembre de 1952, con ponencia del Magistrado JUAN BENAVIDES PATRÓN:

En tratándose de entidades de derecho público, deben consultarse, por mandato del inciso final del artículo 69 de la misma obra, las sentencias de primera instancia que les fueren adversas. Esta consulta es ajena, o independiente, por decirlo así, del recurso de apelación que contra la misma providencia puede interponer la parte favorecida por ésta, en los casos en que ella no satisfaga la totalidad de sus pretensiones. Por consiguiente, la revisión del superior no está condicionada a los términos del recurso de apelación, sino que debe versar también sobre la materia litigiosa decidida en forma adversa a la entidad de derecho público, por cuanto éste es el objeto propio del grado de jurisdicción indicado. De suerte que el beneficio especial instituido en favor de tales entidades, en que consiste la consulta, no depende de que su contraparte interponga o no el recurso de apelación, sino que opera por ministerio de la Ley para la revisión de la providencia del inferior, sin las limitaciones que, para el caso del único apelante, impone la institución de **reformatio in pejus**.

Podía, pues, el Seccional modificar íntegramente el fallo del **a-quo**, aunque el demandante hubiese interpuesto el recurso de apelación; porque el ámbito de aquél no estaba limitado por el principio de la **reformatio in pejus** sino determinado también por el grado de jurisdicción de la consulta, por tratarse de sentencia adversa a una entidad de derecho público. (Énfasis en el original).

Ya como Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esa corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la consulta en sentencias como la de 5 de diciembre de 2001, expediente No. 17222, con ponencia del Magistrado JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA, haciendo alusión a algunas notas características de esa figura:

Aun cuando el tribunal partió del supuesto indiscutido de que contra el proveído de primer grado que condenó a la demandada a la reliquidación y pago de varios conceptos laborales, incluida una gravosa indemnización

moratoria, ninguna de las partes interpuso el recurso de apelación, no es menos cierto que en el sub lite se surtió conforme a la ley el grado jurisdiccional denominado consulta, que impedía que hasta tanto quedara ejecutoriado el fallo de segunda instancia se configurara el fenómeno de cosa juzgada.

Es que se desprende del artículo 16 del Decreto Ley 36 de 1.992, sin hesitación alguna, que la demandada goza de los privilegios de la Nación, incluidas desde luego, las prerrogativas contempladas para las entidades territoriales en el estatuto adjetivo del trabajo y específicamente en el artículo 69 del código procesal, que instituye perentoriamente en los procesos de doble instancia, es deber de los jueces de consultar con sus superiores funcionales las sentencias que dicten en primera instancia adversas total o parcialmente a la Nación, los departamentos o los municipios.

No escapa la atención de la Corte que en casos como el sub examine, en que se impusieron en primera instancia condenas totalmente improcedentes, con la desidia absoluta de quien figuraba como apoderado de la demandada, ésta en ejercicio de las atribuciones legales concedidas para la Nación, de las cuales es legalmente partícipe, tenga incuestionable derecho a mejorar su posición en segunda instancia, a través del grado jurisdiccional de consulta - que equivale a una apelación por ministerio de la ley - en procura de enmendar el ilegal proveído, como en efecto ha ocurrido.

Debe tenerse presente que el artículo 29 de la Carta Fundamental, cuya infracción igualmente se denuncia, también garantiza el principio de la doble instancia, de modo que en las hipótesis en que - como aquí sucede - está legalmente consagrado el grado jurisdiccional de consulta, es de inexcusable acatamiento, y por el contrario, lo que constituiría una flagrante violación de tan trascendental precepto sería la inobservancia de quienes están obligados a cumplir ese precioso postulado.

Estos apartes jurisprudenciales se complementan ahora con apuntes de origen doctrinario sobre lo que se entiende por consulta en materia procesal laboral y de la seguridad social:

Este grado especial de jurisdicción puede calificarse como un instrumento enfilado a proteger los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador y los haberes de la Nación, el Departamento o el Municipio, que al tildarlos de derechos constitucionales de rango superior, prevé este instrumento procesal que busca defender tanto los intereses reseñados como los derechos derivados de ellos contra las inflexibilidades del proceso y la desidia de sus apoderados. JIMÉNEZ (2013, P. 189).

Teniendo en cuenta lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dicho sobre la naturaleza de esta figura procesal, se debe establecer su desarrollo legislativo en Colombia.

El grado jurisdiccional de consulta en el derecho procesal colombiano tiene su antecedente en la definición que aparecía en el antiguo Código Judicial, Ley 105 de 1931, y más precisamente en su artículo 508, en donde se consagraba esta instancia en beneficio de la Nación como garantía y salvaguarda de los recursos públicos en procesos civiles, según esta redacción: “ARTÍCULO 508.- Las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios en primera instancia, deben ser consultados con el superior”.

Según se observa este mecanismo procesal se creó con la finalidad de establecer un control para las consecuencias que llegaren a surgir de las condenas emitidas por un juez de primera instancia, tales como el detrimento patrimonial injustificado que pudiera causarse al Estado al efectuar cálculos imprecisos, o un juzgamiento carente de bases legales que afecte el derecho de defensa de los entes estatales protegidos por esta vía procesal.

DÍAZ-GRANADOS (1981, P.25) establece respecto de dicha figura:

El código judicial (artículo 508) estatuyó un grado de jurisdicción llamado consulta para las sentencias de primera instancia adversas al Estado (Nación), los departamentos o los municipios, que no fueren apeladas.

El Código Procesal del Trabajo (artículo 69) reprodujo este precepto pero ampliando la consulta a las sentencias de primera instancia totalmente desfavorables a las pretensiones del trabajador.

Analizada la consulta surge la característica de ser, en el primer evento, proteccionista del patrimonio público, por cuanto opera automáticamente y de forma irrestricta para proteger los recursos públicos, al respecto se refiere DÍAZ en estos términos (1995, P. 103):

Existe en el procedimiento laboral un grado especial de jurisdicción llamado “consulta”, que consiste en que, obligatoriamente, algunas providencias deben ser revisadas por la sala Laboral del Tribunal Superior, y por lo tanto no quedan ejecutoriadas hasta tanto no se surta este trámite.

No es propiamente un recurso, porque no concurren los elementos necesarios para considerarlo como tal, ya que no es interpuesto por ninguna de las partes ni existe un término para interponerlo.

Posteriormente, el decreto ley 2158 de 1948 que regula los procedimientos en los juicios del trabajo, es decir, el original Código Procesal del Trabajo, volvió a consignar dicho grado jurisdiccional, estableciendo en su artículo 69:

Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta".

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, serán necesariamente consultadas con el respectivo tribunal del trabajo (hoy tribunal superior del distrito judicial, Sala Laboral) si no fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio.

Como se ve, esta norma planteó, por primera vez, la consulta a favor de los trabajadores cuando las sentencias de primera instancia fueren totalmente adversas a las pretensiones del demandante. Dicho cambio normativo tuvo como fundamento el concepto doctrinario de protección legal especial del trabajador, vigente en el derecho colombiano, extendiendo la consulta a las providencias que decidan totalmente en contra del operario.

La norma, amén de resguardar los intereses del accionante vencido en juicio, ratificó la necesidad del mismo control en sentencias parcial o totalmente adversas a la Nación, al departamento o al municipio, quedando claro que, en esta versión original, solo los entes territoriales y la Nación gozaban de este privilegio, no así sus entidades descentralizadas, ni del orden nacional, ni las departamentales o municipales.

Las reformas posteriores, como la Ley 712 de 2001, no tocaron el texto original del Código Procesal Laboral en su artículo 69, pero sí se formularon desarrollos jurisprudenciales acerca de los alcances, efectos, características y fundamentos del grado jurisdiccional de consulta, que serán objeto de posterior análisis; finalmente, a partir del 1 de enero de 2012 en todo el país entró en vigencia la

reforma dispuesta en la Ley 1149 de 2007¹, cuyo artículo 14 modificó el artículo 69 del Decreto Ley 2158 de 1948, ampliando las oportunidades para poner en marcha el aparato jurisdiccional en materia laboral, por la necesidad de cumplir con un trámite adicional para reexaminar, no solo las sentencias desfavorables a la Nación, los departamentos y los municipios, sino abriendo otra oportunidad en sede judicial con el fin de beneficiar al Estado, consistente en la vista de la sentencia laboral de primera instancia, a cargo del tribunal superior, en los casos en que se diera una condena en contra de una entidad descentralizada en la cual la Nación es garante; al respecto dispuso la citada norma:

Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”.

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante.

En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.

De esta manera se estatuyó una ampliación de este dispositivo procesal que tiene apoyo, se insiste, en la característica y finalidad original de ser la consulta proteccionista de los intereses del Estado²; tal modificación se acogió para favorecer, principalmente, a las administradoras de pensiones estatales como Colpensiones, sucesora del Instituto de Seguros Sociales en la administración del

¹ Ver al respecto los artículos 16 y 17 de la Ley 1149 de 2007.

² Hasta el segundo debate del proyecto de la Ley 1149 de 2007 no había sido incorporado al texto legal del artículo 14 de la norma. En sesión del miércoles 06 de junio de 2007, suscrito en gaceta 251 del Congreso, se debate que la consulta también deberá ser informada al “Ministerio del ramo respectivo” con lo que surge una característica que podríamos denominar de “publicidad” del grado jurisdiccional en materia laboral, por cuanto es necesario informar a la demandada, en cabeza del Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda del cumplimiento de la instancia procesal, esto a pesar que se debatió que era una violación al derecho fundamental a la igualdad el informarle a la Nación de la decisión adversa y que el litigante debiera constatarlo por sí mismo ante el despacho. Se propuso inclusive que los defensores de los Ministerios respectivos realizaran la tarea de recorrer los juzgados para constatar las condenas, lo cual fue abolido del proyecto de ley por clara conveniencia presupuestal y procesal.

régimen de prima media con prestación definida, adscrito al Sistema de Pensiones³, en razón de la existencia de un pasivo pensional a cargo del Estado colombiano, originado en factores tan diversos como el diseño institucional del sistema pensional, o la corrupción en el manejo de los recursos pensionales, y por las consecuencias de orden económico que implica el pago de obligaciones de tal carácter, máxime cuando provienen de condenas judiciales como las que se pretende revisar a través de la consulta.

Se precisó además, para este último evento, el deber de informar al Ministerio del ramo respectivo al que esté adscrita la entidad demandada, así como al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sobre la remisión del expediente al superior con quien se deba surtir el grado jurisdiccional⁴, aspecto al que si se le atribuye una finalidad de publicidad de la consulta, que daría lugar a analizar cuáles son las eventuales consecuencias de tipo procesal que podrían originarse, en caso de no darse noticia a las carteras ministeriales.

De otra parte, y aunque resulte anecdótico para los fines de este estudio, debe anotarse que la modificación introducida por la Ley 1149 de 2007 acabó con la discusión histórica acerca de quién era el sujeto activo que podía ser beneficiario de la consulta, para el evento de sentencias totalmente desfavorables al demandante, por cuanto no era del todo claro si los reclamantes de derechos de la seguridad social quedaban cobijados por esta revisión oficiosa. Sobre este punto, en palabras de CAGUASANGO (2009, P. 171):

Hay que precisar que la reforma fue producto de la necesidad de esclarecer por fin la procedencia de la consulta de aquellos procesos en que el demandante aducía calidad diferente a la de “trabajador” en estricto sentido, pues cuando aducía la calidad de pensionado, afiliado o beneficiario en no pocas oportunidades se rechazó el conocimiento de la consulta argumentando que no se trataba de un “trabajador”. Con ello se hizo explícita la procedencia de la consulta independientemente de aducir una u otra de las calidades indicadas.

³ Ordenado a través de la Ley 100 de 1993.

⁴ La diferencia en la interpretación de la aplicación del grado jurisdiccional de consulta, debe entonces ser objeto de estudio por las consecuencias de tipo procesal y sustancial que suscitan. Esto en el entendido que solo comprendiendo las características del grado jurisdiccional de consulta, se puede desentrañar los efectos que acarrea.

De ahí que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se haya pronunciado atendiendo a esta modificación, interpretándola como un desarrollo del principio protector que cubre a la persona del accionante en el derecho laboral y de la seguridad social. Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela de Radicación No. 29241 del 10 de agosto de 2010, citando un fallo del 21 de noviembre de 2007, con radicado 30667, estableció:

En consecuencia si los derechos de los trabajadores no pueden ser renunciados, esos mismos derechos gozan del mismo carácter en cuanto corresponden a las personas que con arreglo a la Ley, pueden sustituirlo en el disfrute de los mismos. Y en esas condiciones, no puede predicarse que la consulta estaba instituida única y exclusivamente a favor de los trabajadores en sentido textual, pues una hermenéutica en esa dirección desnaturalizaría los derechos que emanan de las leyes sociales y que básicamente apuntan hacia la protección del trabajador, que también debe comprender a las personas que conforman su entorno familiar, en especial a sus causahabientes o beneficiarios señalados en la Ley, pues si la legislación laboral y de seguridad social, por esencia y naturaleza, protege al trabajador como la parte más débil en la relación con el empleador lógicamente esa protección comprende igualmente a aquellas personas que en un momento determinado están legitimados para acceder a los derechos de aquel.

Esta interpretación demuestra que la consulta se orienta a salvaguardar derechos fundamentales de un sujeto que ante la ley goza de especial protección, luego el alcance de esta protección no puede ser medido desde un ámbito restrictivo y por ende la modificación legal dejó de lado, según coinciden los doctrinantes, discriminaciones interpretativas que se originaban en la aplicación de un positivismo extremo, al considerar que solamente se veía beneficiado el trabajador, *stricto sensu*, y no el sujeto activo de los derechos de la seguridad social, que son irrenunciables.

De esta reforma legal surge pues, la consideración especial del sujeto activo como destinatario del grado jurisdiccional de consulta, abarcando para su beneficio, no solo temas laborales sino también de seguridad social, lo que deriva en la materialización de la característica de favorabilidad para el trabajador y su

grupo familiar, elemento principal y iusfundamentalmente justificador de la revisión judicial.

Claro lo anterior, se continúa con la revisión de las características principales del grado jurisdiccional de consulta; al respecto se puede leer de LINERO (1992, P. 20):

El art. 69 del C.P.L. establece “un grado de jurisdicción denominado de consulta”, conocido en algunos países como “revisión oficiosa”, respecto de las sentencias de primera instancia que fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador y parcial (sic) totalmente adversas a la Nación, al departamento o al municipio. Lo que significa que las sentencias de primera instancia parcialmente adversas al trabajador no son consultables; en cambio sí lo son las parcialmente adversas a la Nación, al departamento o al Municipio. Enumeración taxativa que excluye a las demás entidades de derecho público.

La consulta establecida en beneficio del trabajador tiene como objetivo tutelar derechos irrenunciables y de orden público. La instituida para entidades de derecho público tutela el interés público. La consulta a favor de las entidades de derecho público es **forzosa, obligada e incondicional**; mientras que la instituida a favor del trabajador es supletoria del recurso de apelación, valga decir que sólo opera si el fallo de primera instancia no es apelado, por lo que el fallador debe concederla en términos como el de “si no fuere apelado consúltese con el superior”. De igual manera y como quiera que la apelación impide que proceda la consulta, el recurrente debe tener presente que si sólo sustenta la apelación con respecto a una o unas de las varias súplicas negadas por el juez de primera instancia, solamente a ésta o estas súplicas del petitum puede referirse la decisión de fondo del superior. (Énfasis fuera de texto).

Según lo transcrito, la revisión oficiosa que recae sobre sentencias parcial o totalmente adversas a la Nación, los departamentos, los municipios y los entes descentralizados en los que la Nación es garante, posee la característica de ser forzosa, imperativa, incondicional y de origen legal, por cuanto no es capricho del juez de primera instancia establecer su procedencia, sino que la ley obliga a que de manera inmediata, so pena de consecuencias procesales como la declaratoria de nulidad por la omisión del deber de remitir al superior, se proceda a realizar la revisión de la legalidad de la providencia.

Por el contrario, en materia de consulta de sentencias de primera instancia, totalmente adversas al trabajador, se infieren unas características de subsidiariedad y autonomía, ya que en esta instancia siempre podrá el operario acudir al recurso de apelación para sustentar su posición, eso sí, teniendo en cuenta que lo que no alegue no podrá ser analizado por el tribunal respectivo⁵.

Se puede concluir de lo dicho que cuando la sentencia laboral es totalmente contraria a los intereses del trabajador, la consulta se torna subsidiaria y autónoma de la apelación que puede ser propuesta por el actor, lo que implica que, de formularse el recurso, no se hará una revisión panorámica del expediente y de la sentencia, sino que el tribunal, por fuerza de su obligación de dar aplicación al principio de consonancia⁶, se limitará al estudio de los puntos reprochados por el recurrente. Sobre esta consideración establece BOTERO (2013, P. 417):

Ahora bien, tratándose de la Nación, los Departamentos y los Municipios, la consulta regulada en el Artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el Artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, es obligatoria y no está condicionada a la apelación de la respectiva entidad, dado que el juzgador tiene el deber de revisar las condenas que se le impongan sin restricción alguna, como sí ocurre cuándo la sentencia es totalmente adversa al trabajador, evento en que solo tiene cabida la consulta cuando tal providencia no es apelada, es decir, que la garantía referida en favor de las entidades mencionadas no es supletoria del recurso de alzada, sino que tiene entidad propia explicable por el interés público que recae sobre los procesos que se adelantan contra tales entidades.

Como ya se dijo, surgen dos calidades respecto de la consulta en materia laboral según quien sea el sujeto protegido. La primera, su condición subsidiaria, se revela cuando es el trabajador quien se beneficia de ella, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus pretensiones; pero cuando la consulta se ordena por ser la sentencia desfavorable a la Nación, los departamentos, los municipios o una entidad descentralizada en la cual la Nación

⁵ Esta vista panorámica que se omite en desmedro de los intereses del trabajador se justifica en la medida que si se cuenta con una defensa técnica que apele una decisión en uno u otro sentido, no puede el juez por fuera de las facultades legales que le otorga la ley laboral, establecer la violación de los derechos reclamados.

⁶ Ver el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

sea garante, el grado jurisdiccional goza de las características de ser “obligatoria, forzosa e incondicional”, lo que necesariamente conlleva unos efectos de carácter procesal que es necesario analizar a partir del cumplimiento de la nombradas particularidades.

En ambos casos, ya sea porque no se apela por el trabajador la providencia desfavorable a sus intereses, o porque esta sea parcialmente perjudicial a las entidades estatales calificadas en la disposición normativa, surge la característica de obligatoriedad de la consulta por parte del superior jerárquico. Es este el caso de las sentencias laborales contrarias a Colpensiones, por cuya condición de entidad descentralizada, para la cual es garante la Nación, con el deber de consultar dichas providencias aparecen unas consecuencias procesales que se busca desentrañar en este trabajo. Al respecto es propio citar lo planteado en la obra de CAGUASANGO:

Tal disposición remite a la necesidad de establecer cuándo se da la condición de garante respecto de la Nación. Desde nuestro punto de vista, de lo que se trata es de generar espacios de protección para los recursos de la Nación, que pueden resultar comprometidos cuando aquella, con su patrimonio, respalda compromisos adquiridos por otras instituciones estatales de carácter descentralizado. Es decir, lo que quiso el legislador con esta previsión, fue generar espacios de protección normativa orientados a impedir defraudaciones a los recursos públicos. De allí que por vía de consulta, se genere un espacio idóneo para la adecuación jurídica de las decisiones jurídicamente incorrectas tomadas en primera instancia. (CAGUANSAGO. 2009, P. 172)

Como efecto de ese interés autoprotector del Estado surge que este grado jurisdiccional confiere un carácter transitorio, provisional, a la providencia revisada, puesto que solo una vez que se cumple su trámite, se abre camino la ejecutoria de la sentencia, por supuesto, en la medida que el ad quem la confirme.

Sobre el eventual incumplimiento del trámite de la consulta, y por virtud de las características de obligatoriedad, oficiosidad, incondicionalidad y transicionalidad del grado jurisdiccional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de tutela del 14 de septiembre de 2010, Rad. 29569, dijo:

En efecto, de la actuación surtida se desprende que el Juez omitió ordenar, de oficio, la remisión del proceso para que surtiera el grado de consulta y no lo hizo. Ello es así, porque el artículo 69 del C. P. T. y S. S., prevé la consulta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, sin que constituya un medio de impugnación, sino un grado jurisdiccional, en virtud del cual el superior jerárquico del juez que ha proferido una sentencia, procede a revisar o examinar la decisión adoptada, con el objeto de evitar que aquellos derechos reconocidos a través de leyes de carácter social sean vulnerados o desconocidos, no solo a los trabajadores, sino a sus beneficiarios, dado el nexo entre la legislación laboral y la de seguridad social.

Lo anterior, visiblemente, indica que la autoridad judicial accionada prescindió ordenar el grado de consulta para que se reexaminara la actuación de primer grado que le fue desfavorable a la actora, quien evidentemente fue integrada al proceso por presumirse que goza de un derecho que está en disputa, por lo tanto, mal podía el Juez negarse a surtirlo. (...)

No puede olvidarse que el error de la autoridad accionada afectó el derecho fundamental al debido proceso de la compañera permanente, el cual garantiza a los asociados el respeto de las formalidades procesales, la aplicación efectiva de la norma positiva y, como consecuencia de ello, la correcta administración de justicia.

Tal postulado constitucional persigue, fundamentalmente, que las personas estén protegidas contra eventuales abusos y desviaciones de las autoridades judiciales, dado que cada trámite está sujeto a lo que la norma constitucional define como las “formas propias de cada juicio”.

Lo anterior comporta la taxatividad de ceñirse a las formas y parámetros fijados en la Ley, pues estas son hoja de ruta a seguir por parte de los asociados, y de ellas se desprende la legitimidad coercitiva del Estado.”

“(…) Sería del caso examinar sobre la viabilidad jurídica del recurso extraordinario de casación interpuesto por el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, si no fuera porque la Corte observa que el juez de segunda instancia no se pronunció sobre el grado de consulta que a favor de la llamada a integrar la contienda debía surtirse en virtud de lo estatuido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (...) Ante lo sucedido, y atendiendo a que según el numeral 3º del artículo 140 del CPC tal omisión origina una nulidad insaneable.

Lo anterior por cuanto la sentencia de primera instancia le fue totalmente adversa a sus pretensiones, por lo que debió el tribunal conocer y estudiar

el proceso no solamente en torno a la apelación interpuesta por la entidad demandada, sino también era su obligación, emanada de la ley, e incluso de manera oficiosa, la consulta que, se reitera, debió operar a favor de la señora HERRERA MARTÍNEZ (...)" (Radicado No 43125, providencia del 10 de agosto de 2010).

Resulta necesario advertir que la consecuencia de que se incumplan las formalidades prescritas en la ley al no surtirse la consulta, consiste en la pretermisión de la instancia, cuando no se formuló recurso alguno, que a la larga impide que el fallo no consultado quede debidamente ejecutoriado, y en todo caso, de surtirse el recurso de apelación, se genera la nulidad de la providencia de segunda instancia y en general del trámite de segundo grado, que deberá rehacerse una vez el a quo corrija la omisión consistente en no ordenar el envío del expediente para que la función revisora oficiosa pueda ser cumplida por su superior.

Otra característica que surge del análisis normativo y jurisprudencial del grado jurisdiccional de consulta es la de exclusividad en materia procesal del trabajo y de la seguridad social, ya que esta figura se encontraba reglada en materia contenciosa administrativa, pero con la expedición de la Ley 1437 de 2011 desapareció de esa jurisdicción, quedando solo contemplada en materia laboral.

Antes de su derogatoria, existía la consulta en asuntos contenciosos administrativos de carácter laboral. A manera de ilustración se trae a colación lo expresado por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de octubre de 2007, Radicación número 08001-23-31-000-2000-00361-01:

Conforme al texto del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en materia laboral deben existir los siguientes supuestos: 1) Que la sentencia imponga una condena a cargo de una entidad pública; 2) Que sea dictada en primera instancia; y 3) Que la entidad demandada no hubiese ejercido el derecho de defensa. En el presente asunto se dan los supuestos señalados, en la medida en que se trata de una sentencia condenatoria de una entidad pública, en un proceso de primera instancia y la entidad demandada no ejerció su derecho a la defensa. El hecho de que la parte demandante hubiese apelado en nada afecta la obligación legal que tiene el juez de darle trámite al grado jurisdiccional de consulta establecido a favor de la entidad

pública, tan es así que, como lo señala el artículo 184 transcrito, la sentencia no queda ejecutoriada mientras no se surta la consulta. En consecuencia, la Sala procederá a surtir el grado de consulta y luego verificará la apelación de la parte demandante.

Además, según se dijo atrás, aunque la consulta tuvo su antecedente en el Código Judicial, hoy en día ni el Código de Procedimiento Civil, ni en el Código General del Proceso se contempla una figura similar a la que aquí se analiza. De otra parte, la derogatoria del decreto 2272 de 1989 dio lugar a la desaparición de la consulta de sentencias en materia de familia.

De todo lo dicho hasta ahora se podría concluir que existen unas características del grado jurisdiccional de consulta. Estas deben ser compendiadas para atender a las consecuencias de carácter sustancial y procesal que la ley establece.

Aplicación del principio protector: Se erige como uno de los principales atributos, toda vez que garantiza una revisión de la providencia, ya sea totalmente desfavorable al trabajador, o en contra del Estado y del patrimonio público, en aras de corregir eventuales yerros del juzgador de primer grado.

Rodeada de publicidad: La consulta debe ser comunicada al Ministerio de Hacienda y al ministerio del ramo al que esté adscrita la entidad descentralizada garantizada por la Nación.

Favorabilidad: Se establece para garantizar los efectos más favorables al trabajador y a la guarda del patrimonio público al disponer garantías procesales de cumplimiento de derechos y de adhesión de las providencias a la ley.

Obligatoriedad: A falta de esta característica quedaría sin efectos la consulta como remedio a abusos legales. En la norma vigente se establece que ésta siempre debe surtirse cuando se cumpla con los presupuestos objetivos de la norma en comento.

Incondicionalidad: No se pueden establecer más condiciones que las expresadas en la norma para darle operatividad al grado jurisdiccional.

Raigambre legal: La norma faculta al funcionario jurisdiccional para darle aplicación y cumplimiento a la consulta, su inobservancia produce la sanción de nulidad.

Subsidiariedad y autonomía: Esta característica solo puede predicarse respecto de la consulta de sentencias laborales en favor del trabajador, ya que esta es subsidiaria al recurso de apelación de la providencia desfavorable totalmente a sus intereses.

Transicionalidad: En caso de no surtirse este grado, no puede predicarse la firmeza de la sentencia, lo que genera problemas de validez en el caso de las providencias que pretermiten la consulta.

Exclusividad: La consulta es exclusiva del derecho procesal laboral y de la seguridad social, antes aplicable además al derecho administrativo, y en un tiempo lo fue en el derecho privado, como ya se vio. También lo era en el derecho de familia, pero en la actualidad el ordenamiento procesal de esa área prescindió de la consulta.

Unificación Legal: La finalidad de la consulta fue unificada en la Ley 1149 de 2007 para los efectos que perseguía anteriormente en otras codificaciones y leyes.

Conocidas estas características se puede dar paso al entendimiento de la justificación sustantiva del grado jurisdiccional y la interpretación de su operatividad, con lo que se abre paso el estudio de las consecuencias procesales que se pretende plantear enseguida.

4.2 CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LA POSICIÓN DE GARANTE

Tradicionalmente, se ha entendido el acto jurídico de garantía como una relación obligacional entre dos sujetos de Derecho con el fin de garantizar el cumplimiento de un negocio jurídico principal, que apostado en el tráfico jurídico, permite a cada parte individual o colectiva, atender sus roles sociales, políticos, económicos y contractuales, asegurando patrimonialmente las prestaciones debidas⁷. Es así como el artículo 65 del Código Civil desarrolla de forma genérica la caución, que como se verá, es la seguridad que se presta para el cumplimiento de una prestación propia o ajena.

Atendiendo a esta definición, para entender la garantía que presta la Nación a entidades descentralizadas como Colpensiones, se debe partir de lo que se entiende doctrinaria y legalmente por obligación, con el fin de concretar, una vez estructurado este concepto, los alcances de la obligación de garantía como tal, es decir, se hace necesario escindir estos dos conceptos: obligación-garantía, para atribuirle a cada uno su significación individual y así entender las características que entrañan una vez asociados. Consecuencialmente se podrá darle sus alcances en el caso concreto, esto es, en el papel que cumple el ente estatal como garante de las obligaciones pensionales que son propias de Colpensiones, específicamente en el ámbito procesal laboral y de la seguridad social. Se estudiará pues, cada una de las instituciones mencionadas.

4.2.1 Concepto y evolución tradicional de Obligación.

En palabras de Hinestrosa (2002, P. 55) obligación significa ligamen, atadura, vínculo, que en derecho implica necesariamente una relación jurídica entre dos personas; una denominada acreedor, quien espera el cumplimiento efectivo de una prestación debida de otro sujeto jurídico denominado deudor.

⁷ Hinestrosa, (2002, P. 85) citando a Betti. *Instituzioni di diritto romano*, vol. 2, parte. 1. Cit., 147, p. 150 y s. Indica: En el Derecho moderno es nítida la diferencia entre deudor y garante; no lo era así antaño, y el código civil recoge esa asimilación cuando define la fianza como “una obligación accesoria” (Art. 2361)- “La *fideiussio* (...) no es ya una heterogarantía autónoma, volcada sobre el *ídem promissum*, e independiente de una asunción válida de la *obligatio verborum*, sino una heterogarantía de carácter verdaderamente accesorio, ligada a un débito propuesto y existente y a una correspondiente expectativa crediticia, cualesquiera que sean la fuente y la eficiencia”

Lo que siempre caracteriza una obligación es la prestación debida, que puede ser de dar, hacer o no hacer. Su objetivo fundamental es el cumplimiento del objeto contractual o legal en función de una finalidad específica atribuida por las partes según la naturaleza del negocio.

Dicha relación obligacional es inherente a las relaciones sociales y económicas, y permite, en primera medida, otorgar al acreedor una expectativa de ejecución o abstención según sea la prestación debida, so pena de exigirse coercitivamente y con intervención judicial o administrativa el cumplimiento de la misma⁸.

El concepto de obligación y sus estructuras ideológicas devienen de una tradición romanística que fue incluida en el código de Napoleón y transcrita fielmente a nuestras codificaciones latinas. En un principio de la historia, estas obligaciones fueron consideradas como deberes morales que más se asemejaban a un compromiso de lealtad y de honor en cumplimiento de la palabra dada y cuya fundamentación era religiosa y moral.

Estas relaciones morales evolucionaron posteriormente en convenciones, pactos o contratos de contenido eminentemente jurídico, que dejando atrás la simple esfera privada del obligado y, por la desconfianza natural del acreedor en el cumplimiento de la misma, garantizaban mediante la entrega de una cosa, de rehenes o de personas la realización del fin debido.⁹

De esta forma y sin que todavía sea procedente entrar a relacionar la garantía como medio para el cumplimiento de obligaciones, se ve como estas dos instituciones surgen en el tráfico jurídico y social de manera paralela.

⁸ Guillermo Montoya Pérez en su obra "Contratos de Derecho Privado", P. 95 define los efectos del incumplimiento forzado así: "Puede ocurrir que el sujeto obligado no cumpla con las prestaciones contractuales y el acreedor proceda judicialmente para que se obligue a cumplir. Esta manera de hacer cumplir el contrato está especialmente regulada en los Códigos de Procedimiento bajo el esquema de un proceso ejecutivo. En el ordenamiento jurídico colombiano se encuentran, en materia de Derecho Privado, dos estatutos: el código de procedimiento Civil y el Código General del Proceso. En el Código de Procedimiento Civil, los Artículos 488 a 568 establecen las reglas del proceso ejecutivo; por su parte, el Código General del Proceso lo regula en los Artículos 422 a 472.

⁹ Según Hinestrosa (2002, P. 61), dicho desenvolvimiento se dio con ocasión del normal desenvolvimiento de las relaciones sociales de los pueblos romanos.

Inicialmente, como se dijo, para otorgar seriedad en las convenciones, las partes se obligaban de manera personal, cumpliendo con sus propios compromisos de forma física, en el denominado *nexus*¹⁰ que el maestro Hinestrosa y la doctrina definen unánimemente como el origen de la *obligatio*.

Por el natural rechazo social que deriva de hacer efectiva una obligación con el cuerpo del otro, mediante la expedición de la *lex Poetelia Papiria*, se presentó la extinción de la garantía personal, dando paso al vínculo jurídico que se efectivizaba con una acción de carácter netamente patrimonial por la manifestación de la voluntad tendiente al cumplimiento de la obligación, es decir, se llegó al punto, luego de innumerables evoluciones doctrinarias y jurisprudenciales propias del crecimiento conceptual en Derecho, a considerar que lo puntualmente relevante era la satisfacción del crédito del acreedor con el patrimonio del deudor, no la persona misma.

Esto lo resume el maestro Hinestrosa (2002, P. 67) con perfecta claridad:

Al destacarse con énfasis los derechos individuales, al desarrollarse en la sociedad mercantilista el intercambio veloz de productos e incrementarse el comercio de la mano de obra, la obligación se ha hecho cada día más fungible, interesa menos quién realiza la actividad útil al acreedor que la satisfacción misma de los intereses de este. La consideración del patrimonio del deudor es cada vez mayor¹¹, al extremo que no faltan doctrinas que conciben la relación jurídica obligacional como una relación entre dos patrimonios, y otras que la sitúan en la transgresión del deber. Pero sin necesidad de llegar a esos extremos o desviaciones, lo cierto es que el acreedor, si bien no puede descuidar la consideración de la honorabilidad, buena fe y antecedentes de su deudor actual o potencial, factores estos definitivos en la vida de los negocios, lo que en fin de cuentas contempla como respaldo de su pretensión son los haberes presentes y futuros del obligado y el producto de su fuerza de trabajo.

Como se apuntó, el vínculo obligacional para ser considerado tal, debe comprender unos elementos en su estructura, esto es, un sujeto activo denominado acreedor, un sujeto pasivo denominado deudor y un objeto que determine los alcances, finalidades y límites del compromiso adquirido.

¹⁰ Mancipatio de la persona que se ponía en poder de su acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación contraída.

¹¹ Art. 2488 C.C.

Para concretar el nacimiento del vínculo jurídico que establece en cabeza del acreedor la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo debido por el deudor y de esta manera entender la naturaleza misma del ligamen, la ley y la doctrina han desarrollado ciertos elementos que debe contener la manifestación de voluntad de obligarse.

MONTOYA (2015, p. 67) describe los elementos de existencia del contrato en su obra Contratos de Derecho Privado así:

ELEMENTOS ESTRUCTURALES

Si el contrato es un negocio jurídico debe contener, en consecuencia, los elementos estructurales de este, a saber:

Elementos de existencia

-Manifestaciones de voluntades concurrentes.

-Objeto, entendido como el conjunto de efectos señalados por el legislador o acordados por las partes.

-Causa.

-Solemidades.

La presencia de los elementos para la existencia permite afirmar que el contrato surgió a la vida jurídica. La ausencia de uno cualquiera de esos elementos permite concluir que no hubo contrato.

Esta relación de derecho concretada en un acto o negocio jurídico y este objeto denominado por la doctrina y la Ley como prestación, puede o no cumplirse, generando en el primer caso una satisfacción del crédito o, en caso contrario, una responsabilidad por parte del deudor que no cumple o que cumple imperfectamente su deber.

Este vínculo personal exigible por el sujeto activo, tiene una especial preponderancia en nuestro ordenamiento jurídico, ya que toma vida en el objeto de la relación jurídica que el deudor debe satisfacer según sea su compromiso. Se insiste, si la relación fue cumplida en la forma en que se indica en el título obligacional, se extingue, si no es así, surge una responsabilidad.

Es de esta clase de responsabilidades las que el Estado debe asumir en su relación emanada de la Ley como garante de las obligaciones de Colpensiones en caso de incumplimiento de la entidad descentralizada administradora de pensiones.

Ahora bien, para entender el aval que presta la Nación como sujeto pasivo en la Ley 1149 de 2007, debe estudiarse cómo nace dicha obligación, esto por cuanto hasta ahora no se ha sino mencionado la responsabilidad nacida de un contrato, es decir, donde existe un acuerdo de voluntades tendiente a prestar una garantía como consecuencia del pacto efectuado.

Para el caso que ocupa este estudio surge la duda dado que, no habiendo un pacto entre la Nación y Colpensiones para que aquella apoye patrimonialmente a esta, sino una norma vinculante ¿cómo puede entonces entenderse el surgimiento y aplicación del vínculo jurídico que las ata? Algunas luces al respecto las aporta la definición que trae OSPINA (2015, P. 8) sobre el orden público:

EL ORDEN PÚBLICO LEGAL E INMUTABLE: En el mismo orden de ideas, el celo del racionalismo en la defensa de las libertades individuales llegó hasta la pretensión de precaver los posibles abusos del Estado gendarme en el cumplimiento de su menguada función policiva, mediante el establecimiento de un *orden público legal e inmutable*.

El legislador, y únicamente él, en cuanto tuviese un orden democrático y fuese, por tanto, el representante del pueblo en la gestión del Estado, estaría facultado para determinar el contenido del orden público, mediante el repertorio preciso de leyes imperativas y prohibitivas, de obligatoria observancia por los ciudadanos y también por los órganos del poder público, gobernantes y jueces.

Esta definición lleva a inferir que siempre que se cumpla con el procedimiento de dar vida a la norma pública, se va a presentar el surgimiento de una obligación particular o colectiva.

Pero para comprender profusamente el alcance de las consecuencias de la norma jurídica en punto de la relación obligacional, se debe analizar de dónde surgen éstas en nuestro ordenamiento jurídico.

4.2.2 Fuentes de las obligaciones en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

Las obligaciones nacen y se efectivizan mediante la concreción y regulación de sus fuentes, ya sean por una manifestación de voluntad o por un hecho jurídico; como dice Velásquez (2013, P. 264) las fuentes son una mera institución jurídica, una abstracción, una posibilidad¹², que concretadas mediante el cumplimiento de los supuestos de hecho que consagra la Ley, crea la obligación.

Existen dos teorías que explican las fuentes de las obligaciones:

La teoría clásica establece que las fuentes de las obligaciones son el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la Ley. Esta clasificación surge de los artículos 666, 1494 y 2302 del Código Civil y es acogida con ciertas adiciones en nuestro ordenamiento jurídico.

Según la teoría de Josserand, las fuentes de las obligaciones son los actos jurídicos, en donde agrupa los contratos y compromisos unilaterales de voluntad, los actos ilícitos que se resumen en los delitos y cuasidelitos, el enriquecimiento sin causa, concepto que sustituye a la noción de cuasicontrato y la Ley.

La teoría aplicable en el Derecho colombiano es la teoría clásica, donde se agrega jurisprudencialmente el enriquecimiento sin causa. Como se expone, otra de las fuentes de las obligaciones es la Ley.

La ley, como fuente de Derecho, permite puntualizar las obligaciones de garantía a cargo de la Nación para el caso en estudio. Obsérvese que el Artículo 14 de Ley 1149 de 2007, modificatorio del Artículo 69 del CPTSS, aunque no es la norma que concreta la obligación de garantía¹³, sí consuma los primeros efectos interpretativos respecto de la aplicación del grado jurisdiccional de consulta en una eventual condena contra Colpensiones; su texto dispone:

Artículo 69.- [Modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14]. Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta".

¹² Luis Guillermo Velásquez, Bienes, Ed. Temis, 2014. P. 264.

¹³ Al respecto ver los Artículos 137 y 138 de la Ley 100 de 1993.

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que **la Nación sea garante**.

En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.

Es así que en el Derecho colombiano esta disposición es fuente de obligaciones para la Nación porque la norma, al indicar que se debe surtir la consulta de las sentencias de primera instancia adversas a una entidad descentralizada como Colpensiones¹⁴, siendo esta entidad de las especialmente protegidas por la vulnerabilidad económica que suscita su objeto, termina por contemplar una obligación a cargo del Estado, que es concretamente una obligación de garantía. Esta norma se sustenta en la mencionada vulnerabilidad y en la trascendencia de los riesgos sociales asumidos por la administradora pensional estatal, que comportan el pago efectivo de las pensiones a su cargo. De ahí la necesidad de instituir la garantía estatal por riesgos sociales que explica YONG (2013, P. 557) citando a Geneviève Viney:

La profesora Viney, comentando sobre la aparición de la noción de los riesgos sociales, señala que el desarrollo de las estructuras colectivas y la aparición de filosofías sociales conllevaron a que determinados riesgos no debían ser dejados a cargo de los individuos sino de la colectividad, como una manera de paliar mejor sus consecuencias. Por ello, ante las insuficiencias de la responsabilidad individual en su función reparadora, se consideró forzoso recurrir a procedimientos de indemnización de socialización directa (p. 63)

Teniendo claro qué es una obligación y de dónde surge el vínculo jurídico del Estado para con Colpensiones y sus beneficiarios, se hace necesario entender el alcance de una garantía, cuestión fundamental para dimensionar los efectos procesales que se analizarán en capítulo posterior.

¹⁴ Mediante Decreto 4121 de 2011 el Presidente de la República cambió la naturaleza jurídica de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a la de Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial.

4.2.3 Generalidades de las obligaciones de garantía y definición de la Garantía Estatal.

Como se vio, el incumplimiento de las obligaciones de un sujeto pasivo denominado deudor, deriva en la responsabilidad que tiene éste en la satisfacción de la prestación contraída. Esta responsabilidad, generada a partir de su conducta, debe ser compensada, las más de las veces, de manera personal.

Pero puede acontecer que se ofrezca un respaldo patrimonial por decisión voluntaria o que el mismo se exija legalmente¹⁵ como garantía del cumplimiento de lo debido. Allí la responsabilidad que surge del incumplimiento no es exclusivamente real o personal¹⁶ del deudor, sino que puede o debe ser satisfecha por un tercero, si este ha servido para caucionar y/o respaldar con sus bienes o con su patrimonio la obligación contraída, siempre de acuerdo al alcance que tenga el título que lo vincula.

Puede existir entonces lo que se denomina un “obligado colateral” que podría intervenir en la relación jurídica que, en principio, era de ámbito exclusivo del deudor principal. Esto, se insiste, si no se da cumplimiento a las obligaciones que atañen a dicho sujeto, ya que se parte del carácter accesorio de las cauciones. Tomando como base la *stipulatio* o en este caso la Ley, mediante la inclusión en la forma vista¹⁷, un obligado complementario¹⁸ podría quedar compelido al cumplimiento de la obligación.

El ordenamiento civil colombiano establece de manera general la forma en que este nuevo obligado interviene en la relación acreedor-deudor y es mediante la prestación de una caución.

¹⁵ La exigencia de garantías permea toda la actividad estatal, de esta manera el estatuto general de contratación pública -Ley 80 de 1993- exige en ciertos actos la prestación de resguardos que garanticen el cumplimiento de lo obligado.

¹⁶ Art. 666 C.C: Derechos Personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las obligaciones personales.

¹⁷ Supra -Fuentes de las obligaciones-.

¹⁸ Hinestrosa (2002, P. 84)

Se considera ésta, como la obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena, expresando el estatuto de Bello que son especies de cauciones la fianza, la hipoteca y la prenda.¹⁹

En su libro *Introducción al Estudio de las garantías*, Carlos Gilberto Villegas expone:

En el derecho Romano se conocieron las garantías del crédito como una obligación accesoria a la deuda principal tendente a asegurar al acreedor el cobro de su crédito. Se conocieron las garantías personales y las reales, es decir aquellas que recaían sobre una persona o sobre una cosa.

Las garantías personales conocidas en el Derecho Romano fueron la estipulación pasivamente accesoria (*adpromissio*), el mandato de crédito o mandato calificado (*mandatu pecuniae credendoe*), el *constitutum debit alieni* y el *receptum argentarii*.

Establece Villegas (2004, P. 87) sobre el concepto actual de garantía:

Vinculadas al crédito aparecen las garantías, cuya finalidad es acercar la posibilidad de cobro a la certeza, aunque sin asegurarla jamás.

Las garantías son entonces, seguridades adicionales por las cuales el deudor o un tercero aportan bienes o patrimonios, a fin de reducir o limitar el riesgo del acreedor con motivo de una operación de crédito.

Cada una de estas cauciones especiales se constituye de manera diferente y tienen unos efectos propios, esto es lo que se conoce como obligación de garantía.

Para fijar los parámetros esenciales y naturales de estas figuras, el libro cuarto del Código Civil introduce en el Título XXXV, artículos 2361 y siguientes, los contratos de fianza, prenda e hipoteca.

A guisa de introducción sobre las cauciones relacionadas, se hace necesario indicar que el respaldo a la obligación puede otorgarse por parte del vinculado o puede provenir del “obligado colateral”, ya sea con la constitución de derechos reales, o de manera personal, según sea la exigencia, acuerdo o disposición legal.

¹⁹ Art. 65 C.C.

Como forma de abordar el estudio de las diferentes clases de garantías o cauciones, se analizarán las reales en sus diferentes clases, estableciendo sus características y elementos con el fin de determinar su aplicabilidad pertinente.

Lo propio se hará con las garantías personales, con el objetivo de reseñar sus particularidades válidas para el caso de estudio, determinando cuál de ellas es concordante con lo dispuesto por la Ley 1149 de 2007 y las leyes complementarias, para así dar las bases que eventualmente detallen sus efectos procesales.

Por cuestiones metodológicas se iniciará con el estudio de las garantías reales.

4.2.4 Garantías Reales; historia, desenvolvimiento y características esenciales en la actualidad

Desde el Derecho Romano, las garantías reales constituyeron una de las formas de asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Como se verá, el objeto de dichas cauciones es entregar una cosa en respaldo de la obligación garantizada.

Expresa Vives (1999, P. 240) sobre el desenvolvimiento tradicional de estas figuras desde el Derecho Romano, indicando de sus orígenes:

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones mediante la entrega de una cosa, en garantía, los romanos acudieron a otros expedientes: la enajenación al acreedor, de la cosa, en virtud de un acto de los llamados *fiducia cum creditore contracta*. Se hacía el desplazamiento de propiedad por la *mancipatio* o la *in jure cessio*, sin que fuera preciso poner al acreedor en posesión de la cosa, sino el simple acuerdo de voluntades encaminado a garantizar el cumplimiento.

Los poderes dados al acreedor en las primeras épocas, no permitían disponer de la cosa pignorada en cumplimiento de la obligación dada, por lo que se hizo necesario otorgar a éste el derecho de procurarse el cumplimiento del débito ante la insatisfacción del crédito.

Según el mismo autor, de las figuras contractuales comentadas y por la mencionada limitación en la disposición de los bienes otorgados en garantía, se dio paso a la figura llamada *pignus* en donde, si bien no se le traditaba la

propiedad de la cosa al acreedor, se le permitía obtener la posesión jurídica y con ella la facultad de uso y goce.

Con posteriores acomodaciones jurídicas, tan necesarias en el tráfico comercial, se abrió paso a una prenda que no implicaba desposesión en el titular del Derecho Real de dominio. Son éstos los inicios del contrato de hipoteca que explica Vives (1999, P. 241) así:

A partir de las alteraciones hechas en los textos clásicos, se ha conocido con el nombre de *hypotheca* a la prenda convencional, que no implicaba desposesión; y con la denominación de *pignus*, a la prenda manual o posesoria. Pero una y otra conferían ya un derecho real y podían recaer indistintamente sobre muebles o inmuebles.

Originalmente el *pignus* implicaba la desposesión del deudor. No había, pues, por este aspecto, diferencia entre la prenda propiamente dicha y la hipoteca, como la hay en la actualidad, ni la palabra *hypotheca*, de pretendido origen helénico, se empleaba en Grecia para significar la ausencia de desposesión, diferenciándose por ello este gravamen real de la prenda, como ocurre en el derecho moderno, sino que tal parece que el término, etimológicamente, tenía el sentido de *poner debajo*, derivado de la circunstancia de poner en los predios pignorados (sic) se colocaba un madero que contenía la noticia del gravamen, quedando así el inmueble “puesto bajo tal aviso”, “madero”, “seguridad” o “gravamen”.

Estas garantías de *pignus* e *hypotheca* si bien se daban sobre cosas, se diferenciaban, como lo afirma el autor, en que la primera otorgaba posesión de la cosa y la segunda se hacía sin desposesión de ésta, diferencia plasmada en el Código Civil colombiano en los contratos de prenda y de hipoteca.

Como se dijo respecto del primero de ellos, en principio, no consideraba la prenda sin tenencia por lo que fueron necesarias regulaciones modernas que sí la permitieran. Entre estas disposiciones que se establecieron por el legislador obran la prenda industrial y agraria y el desarrollo mismo de la prenda en el Código de Comercio.²⁰

²⁰ La prenda agraria está regulada en la Ley 24 de 1991 y el Artículo 1207 del C. de Co. El Decreto legislativo 533 de 1932 consagró la prenda industrial y minera.

Se dice entonces, que la garantía real es la que se constituye mediante la incorporación de cosas en respaldo al cumplimiento de obligaciones propias o de terceros.

Es pues necesario distinguir los elementos esenciales entre las clases de garantías reales que otorga el ordenamiento jurídico colombiano, haciendo claridad desde ya, que no se van a analizar figuras como la anticresis o el derecho de retención, cauciones importantes pero que dada su especialidad no constituyen materia de este estudio, esto, por cuanto son garantías dadas para garantizar un crédito con los frutos que percibe un bien o una facultad dada al contratante cumplido en la retención del objeto contractual cuando existen indemnizaciones o pagos pendientes, allí no existe el mentado “obligado colateral”. Para ello se procederá a realizar el análisis de la prenda y la hipoteca respectivamente.

4.2.4.1 Prenda como contrato y garantía real

La prenda es una garantía que se otorga en forma de Negocio Jurídico o por mandato legal. Respecto del contrato de prenda establece PÉREZ, (1999, P. 247):

La prenda es una garantía real de origen contractual. Si es civil se constituye mediante la entrega que una persona hace a otra (el tenedor prendario) del bien mueble gravado; por esta circunstancia (el perfeccionarse por la entrega), es un contrato real el que la engendra, y por cuanto está destinada a garantizar el cumplimiento de una obligación principal, es un contrato accesorio; por cuanto versa sobre muebles, es un derecho mueble; y en cuanto se compromete el porvenir de un elemento del patrimonio del deudor, se limita el derecho de este y se requieren para constituir las mismas facultades que para enajenar, es un acto de disposición.

En primera medida es necesario indicar que el contrato de prenda presupone la entrega de una cosa mueble al acreedor, para que se constituya sobre éste, un derecho real con unas prerrogativas específicas.

Como una de sus características está la de ser un derecho real que se constituye mediante título contractual. Se deben pues considerar sus elementos a la luz de

un derecho de esta clase, real. Para el efecto se hace necesario definir esta clase de derechos, determinación que ampliará también el alcance de la hipoteca.

Establece VELÁSQUEZ (2014, P. 108) citando a José J. Gómez respecto de la definición de derecho real: *“es el poder jurídico total o parcial sobre una cosa sin respecto a determinada persona”*

En el ordenamiento jurídico vigente se dispone la definición de Derecho real en el artículo 665 del Código Civil así:

Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.

Además de ser un derecho real, que otorga bajo los alcances de esta clase de prerrogativas las propias de estos, entre otras, tener que ser respetados *erga omnes*, nos encontramos con que la prenda es un contrato. El Código Civil colombiano regula la prenda en los artículos 2409 y siguientes:

Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa empeñada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.

El desarrollo normativo expresado, indica además que dicho contrato es siempre una obligación accesorio, que garantiza el cumplimiento de una obligación principal, y que sigue su suerte, por ende, si el contrato principal se extingue, también la prenda. Dispone también el Artículo 2416 *Ibíd*em, que no se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la Justicia.

En las normas subsiguientes indica el procedimiento para que el acreedor pueda satisfacer su crédito, el cual entraña siempre pública subasta de conformidad con el artículo 2422 del estatuto civil. Se puede ir ya denotando su naturaleza.

Análogamente, la ley 1673 de 2013 que introdujo el régimen de garantías mobiliarias con el fin de promover el acceso al crédito, estableció ciertas normas

que se hace imperativo reseñar, en virtud del otorgamiento de bienes muebles como garantía de cumplimiento de obligaciones contraídas.

Allí por primera vez se permitió establecer como respaldo de un crédito, además de bienes muebles del garante, contratos, cuentas por cobrar, compras, cesiones y todas aquellas cosas que se encontraban descodificadas, recopilando todo en una misma Ley; el objeto, el sistema, la constitución, el registro, la ejecución y el procedimiento para otorgar cauciones sobre bienes muebles, es decir, para efectuar prendas sobre muebles sin desplazamiento en cosas que no están sometidas a registro.

Como ítem destacable de dicha Ley por no haber sido posible extraerlo de otra norma, es necesario incluir la definición que trae de garante²¹ en su Artículo 8, que aunque se circunscribe al objeto de la norma, es útil como aproximación a la figura legal en que es puesto el Estado colombiano frente a Colpensiones:

Garante: La persona natural, jurídica, entidad gubernamental o patrimonio autónomo, sea el deudor o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria; el término garante también incluye, entre otros, al comprador con reserva de dominio sobre bienes en venta o consignación, y al cedente o vendedor de cuentas por cobrar, y al cedente en garantía de un derecho de crédito.

Del análisis normativo propuesto en el Código Civil y las normas especiales, se puede concluir que la prenda se realiza siempre sobre bienes muebles, es de carácter accesorio, es una garantía real, se dispone únicamente del bien garantizado en pública subasta y es indivisible²². Esta caracterización permite prescindir de dicha garantía real como una de las formas en que el Estado compromete la responsabilidad nacional en el pago de obligaciones de la entidad Colpensiones.

Lo propio puede decirse respecto de la hipoteca por los siguientes motivos que se extraen de su esencia y regulación.

²¹ Esta definición permite analizar el alcance del concepto de “garante” que trae el inciso final del Artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 para el Estado, en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Colpensiones.

²² Artículo 2430 del Código Civil.

4.2.4.2 Hipoteca como contrato y garantía real

La Hipoteca se definió desde el Derecho Romano como un “gravamen real sin desposesión”.

El profesor Álvaro Pérez Vives define el contrato de Hipoteca de la siguiente manera:

“garantía real accesorio e indivisible constituida sobre inmuebles que no dejan de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle, para hacerlo subastar en caso de que el deudor no pague el crédito principal, con el fin de que este sea cubierto con el producto del remate, de preferencia a otros acreedores.”

De la misma forma, el artículo 2432 del Código Civil define la hipoteca como un derecho de prenda constituido sobre inmuebles, que no por eso dejan de permanecer en poder del deudor.

La hipoteca confiere un derecho real indivisible al acreedor hipotecario, atribuyendo además la prerrogativa de persecución en manos de quien se encuentre y con preferencia a otros acreedores del mismo deudor.

Esta garantía se destaca además por establecer una obligatoriedad de registro en instrumentos públicos, formalidad sin la cual, no tendrá valor alguno²³. El artículo 2440 *Ibidem* prescribe la facultad de poder enajenar el bien objeto de gravamen, limitado además a los bienes raíces y/o naves.

Particularmente relevante es el Artículo 2454 del Estatuto Civil que dispone:

El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente si no se hubiera estipulado.

Sea que se haya obligado personalmente, o no, se le aplicará la regla del Artículo precedente.²⁴

La fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca.

²³ Artículo 2435 del C.C.

²⁴ Dispone el Artículo 2453 del C.C. la facultad del tercero adquirente de un bien hipotecado en pública subasta de subrogarse en la posición del acreedor hipotecario cuando paga la obligación debida.

Al analizar esta norma se puede deducir que para la estipulación de una fianza hipotecaria que es una mezcla de garantía real y personal, debe existir, además de la formalidad de registro de un bien inmueble, una estipulación expresa en el sentido de darle efectos a la obligación personal complementaria.

Como colofón, el artículo 2455 del Código Civil consagra que la hipoteca nunca debe extenderse, como contrato accesorio que es, al doble del importe conocido o presunto de la obligación principal.

La figura de la hipoteca lógicamente tiende a asegurar al acreedor con más seguridad que la de una obligación de tipo personal como lo es una fianza.

De esta manera y como se expresó en líneas anteriores, el contrato de hipoteca, como garantía real, no puede extenderse a la garantía que puede otorgar el Estado en función de su papel ante Colpensiones, por cuanto sus características y alcances, no permiten aplicarse al objeto de estudio.

Algunas razones por las cuales las garantías reales no se acoplan a la posición de garante que presta el Estado en el caso bajo estudio se resumen así:

Garantías reales en función del papel del Estado en la Ley 1149 de 2007	Son contratos accesorios que se dan en cumplimiento de una obligación principal, que en el caso concreto no se determinan hasta tanto no haya una condena en firme.
	Son garantías reales que se otorgan con el cumplimiento de ciertas formalidades como es la entrega, tradición o la inscripción de los bienes en el registro público respectivo.
	Dentro del papel del Estado no se garantizan las obligaciones de los entes descentralizados con bienes específicos

Cuadro 1. Autoría de los investigadores

Sobre el particular, se debe descartar desde ya que la obligación de garantía en punto de la modificación traída por la Ley 1149 de 2007 es de carácter real, esto por los siguientes motivos:

En primera medida, no existe contrato alguno entre el acreedor de la deuda y la Nación. No existe tampoco un bien específico al cual se le puedan aplicar las prerrogativas de persecución y preferencia.

En segundo lugar, no existe tradición de la cosa, es decir, al no presentarse el cumplimiento del modo en la constitución del derecho real de prenda, de hipoteca, de anticresis o de retención, no se puede hablar de una garantía real constituida en favor del acreedor.

En tercer lugar no existe una acreencia determinada que puede garantizarse, al no permitirse por esta clase de garantías el afianzar unas obligaciones futuras.

Para poder determinar la caución aplicable, se procederá ahora a realizar un análisis de las garantías personales en sus dimensiones de fondo y características esenciales.

4.2.5 De las garantías personales y especialmente de la fianza

Primeramente es preciso establecer que las obligaciones prestadas con caución permitieron desde Roma, no solo establecer respaldos con cosas, sino además con las personas y su patrimonio.

A la reputación de la palabra dada y por ende las obligaciones por ella contraídas, se les confería la facultad de subordinarse a la consecución de fines extraños a su propio interés.

En dichas cauciones, el acreedor podía incluir dentro de sus pretensiones, ante un incumplimiento, la esclavización del deudor y, habiendo varios acreedores, incluso el descuartizamiento de la persona con el fin de satisfacerlos a todos.

Por la forma en que se cumplía la obligación, el proceso de humanización y la dialéctica propia de los efectos que derivaban la sumisión personal del deudor, se

dio la necesidad de acudir al concepto de *patrimonium*²⁵ como universalidad de derecho perseguible por el sujeto activo de la relación obligacional, en el cual pretendía hacer valer su crédito pero ya no personalmente, sino ejecutarlo con un trasfondo económico.

Dicho concepto de patrimonio fue incluido inicialmente dentro del Código Civil francés, posteriormente en el Código Civil chileno, para finalmente expresarse en el Artículo 2488 del C.C. de la siguiente forma:

Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.

Para detallar los elementos esenciales y naturales de la garantía prestada de forma personal se hace necesario precisar sus diferentes modalidades ya que varía según su objeto, sujetos, motivación, finalidad, etc.

Las formas de caucionar una obligación de forma personal las relaciona Hinestrosa (2008, P. 84) de la siguiente manera:

La garantía personal: solidaridad (arts. 1568 y ss. C.C.), fianza solidaria (Arts. 2370 y 2384 C.C.), fianza ordinaria (Art. 2383 C.C.), aval (Arts. 633 y ss. y 781 C. Co.), garantía de cumplimiento, seguro de cumplimiento (art. 2 Ley 225 de 1938 y dctos 1348 de 1939 y 2950 de 1954, art. 203 Estatuto del sector financiero, Dcto 663 de 1993), seguro de vida del deudor, hace responsable al acreedor a un tercero que no es deudor suyo, con respaldo en íntegro su patrimonio, por la totalidad o por parte de la obligación del deudor, según los términos del contrato respectivo y, en el caso de solidaridad, también según la norma legal.

De dichas garantías personales que se pueden otorgar a favor del deudor obligado se descartan las siguientes: solidaridad, pólizas de seguros, pólizas bancarias, avales; lo dicho por no tener aquellas relación con el objeto de estudio adelantado, toda vez que todas, excepto la solidaridad, se trata de figuras contractuales mercantiles que no son desarrolladas en beneficio de entidades descentralizadas sin existir previamente un contrato y una retribución económica.

²⁵ Luis Guillermo Velásquez en su obra *Bienes*, establece la etimología del patrimonio estableciendo: "Patrimonium, que significa conjunto de bienes derivados del padre o de un antepasado, constituido como universalidad jurídica.

Se hace preciso entonces establecer sus diferencias como fenómenos jurídicos que se alimentan de los fundamentos de las garantías personales, pero que no comulgan con la forma en que se vincula al Estado como garante²⁶.

2.2.5.1 Solidaridad: La obligación solidaria debe tener un objeto común para todos los obligados, es decir, a lo que se compromete el contratante solidario es lo mismo a lo que se compromete el co-contratante. La fianza en cambio puede tener un objeto totalmente diferente al de la obligación principal.

Al fiador se le obliga subsidiariamente, al deudor solidario, de manera principal.

Las obligaciones solidarias pueden tener como objeto una prestación de hacer o de dar diferentes de dinero, la fianza siempre tiene como objeto una suma de dinero.

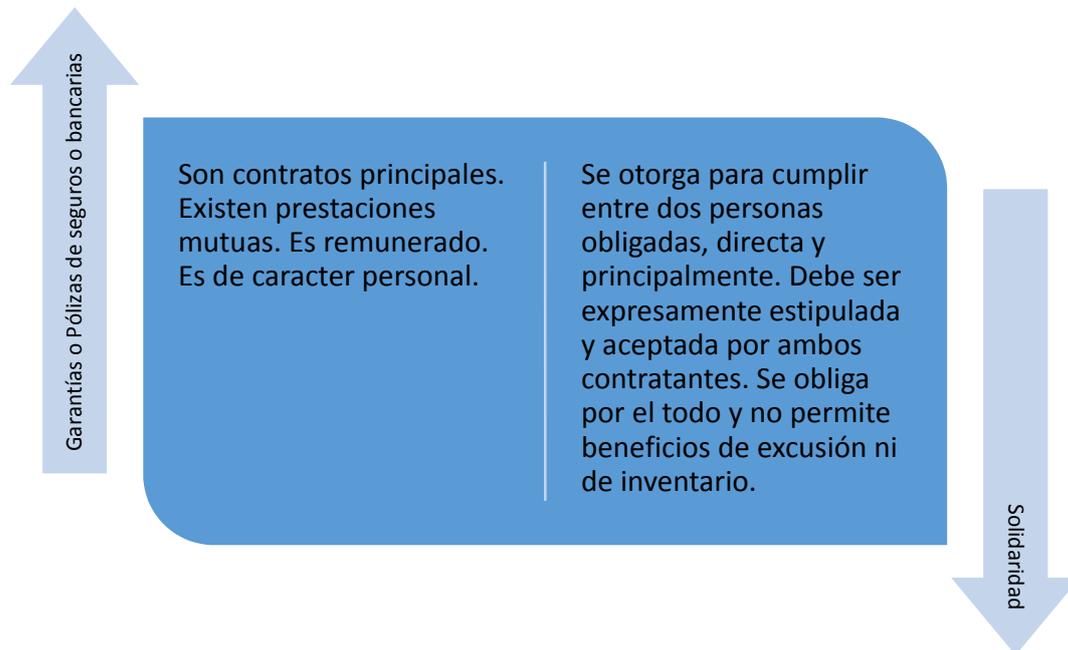
En la obligación solidaria es necesario el consentimiento tanto del deudor como del acreedor, en la fianza no es necesario el consentimiento del acreedor.

La fianza puede prestarse bajo plazo o condición, la obligación solidaria bajo los términos del contrato a que se adhiere.

2.2.5.2 Garantía o seguro de cumplimiento: Esto presupone un contrato bilateral de seguro en donde existen contraprestaciones mutuas. Por una parte se asegura un crédito pero por la otra se da una prima, por lo que surge una obligación principal e independiente no compatible con un respaldo o garantía de tipo personal y accesorio a una obligación principal.

Debe entonces, sin entrarse a discurrir todavía sobre la forma jurídica aplicable en que el Estado debe cumplir su papel como garante, dejar de lado las posibilidades de la solidaridad como forma de obligarse, las pólizas, garantías o seguros de cumplimiento. Ello se explica con el siguiente diagrama:

²⁶ Diferencias relacionadas en la obra Garantías Civiles de Álvaro Pérez Vives, Ed. Temis (1999), P. 358.



Gráfica 1. Autoría de los investigadores

A todo esto se enfrenta la posición en que es puesta la Nación ante el incumplimiento de Colpensiones, por lo que se analizará el contrato de fianza como otra posibilidad de caución en la figura de garante en cabeza del Estado.

4.2.6 La fianza como contrato y garantía personal

Respecto de los orígenes de la fianza establece VILLEGAS (2004, P. 85):

La fianza apareció en un primer momento elaborada sobre la base de la obligación solidaria y recién en época avanzada se regularon los beneficios de excusión y división.

En el libro Tercero del título XX de las institutas. De los *fideyusores*, se establecía que el *fideyusion* podía preceder o seguir a la obligación principal; que la obligación de los *fideyusores*, cuando eran varios, era solidaria; que los *fideyusores* no podían obligarse de manera de deber más que el deudor principal, que el *fideyusor* que pagaba algo por el deudor tenía para recobrarla la acción de mandato.

La definición de la fianza actualmente la expresa VIVES (1999, P. 357):

La fianza es una garantía personal accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple.

La fianza se define legalmente en el artículo 2361 del Código Civil como la obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple.

En dicha norma, si bien no se estipula su carácter de garantía, deviene del estudio de la figura, tal y como lo propone el autor en su definición, que se trata es de un contrato por el cual se establece como objeto, la preponderancia del crédito ajeno.

La fianza es un contrato, que de conformidad con el artículo 2362, dispone tres variantes. Puede ser convencional, legal o judicial. La legal es la que es ordenada por la norma.

Se permite además, que la fianza se otorgue en cumplimiento de una obligación futura, es decir sin que se haya estructurado la obligación que afiance, permitiendo el retracto pero consagrando los efectos del artículo 2199 respecto de dicho retracto.

En esta última norma se dispone que es posible a terceros de buena fe, procurar ante el garante, el cumplimiento de las obligaciones si no se ha dado comunicación suficiente sobre dicho retracto. Es decir, consagra la posibilidad de retracto pero siempre y cuando no se deriven perjuicios por su culpa, si así sucede, será el garante obligado al pago de las indemnizaciones correspondientes.

Estipula el artículo 2369 ibídem, que al prestarse fianza, el fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, denotando siempre el carácter pecuniario y monetario de la caución personal. Cuando se afiance un hecho ajeno dice la Ley, solo se obliga a las indemnizaciones por su inejecución.

Se consagra la amplitud de la fianza respecto de que puede ser otorgada sin orden y contra la voluntad del principal deudor.²⁷

Se consagra la posibilidad de afianzar una persona natural o jurídica.²⁸

Como nota fundamental debe extraerse lo expresado en el artículo 2373 del C.C. que dispone:

La fianza no se presume, **ni debe extenderse a más que al tenor de lo expreso**; pero se supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimación que en consecuencia se hiciera al fiador, y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha. (Negrilla y subrayado nuestro.)

El contrato de fianza es un contrato en principio unilateral si no existe contraprestación que se le otorgue al afianzador. Bilateral si se le remunera su actuación.

Se trata de un contrato gratuito que aunque por la mayoría de los doctrinantes riñe con el concepto clásico de causa en los actos jurídicos por la falta de remuneración, en criterio propio sí la tiene, toda vez que la mera liberalidad del contratante afianzador es causa suficiente. Finalmente se establece como un contrato consensual ya que no requiere formalidad alguna para que nazca a la vida jurídica.

La fianza puede ser condicional, esto es, de conformidad con lo establecido en el Artículo 2366 del C.C., puede otorgarse hasta o desde cierto día o bajo condición suspensiva o resolutoria.

Al analizar jurídicamente esta figura y detallar sus elementos naturales en la regulación civil como forma de caucionar, se clarifica su acoplamiento como la que más se acerca a la posición de garante dada a la Nación en virtud de las obligaciones pensionales contraídas por Colpensiones.

²⁷ Art. 2371 C.C.

²⁸ Art. 2373 C.C.

Para poder afirmar con grado de certeza lo anterior, es indispensable concretar la calidad en que se ha vinculado al Estado en dicha relación obligacional de garantía, ya que el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 no permite denotar que alcances se le ha dado.

4.2.6 Antecedentes y alcances de la posición de Garante del Estado en las obligaciones de Colpensiones.

Para establecer los alcances de la posición de Garante de la Nación, en el objeto de estudio, es preciso definir los orígenes, alcances y condiciones por las cuales se ha vinculado legalmente al Estado. Esto se realizará con un análisis cronológico de las regulaciones que así lo permitieron.

Los orígenes legales de la vinculación devienen de la modificación al régimen de pensiones incorporado en los años 90.

La ley 100 del año 1993 como régimen que transformó los alcances regulatorios de la Seguridad Social en Colombia²⁹, dispuso que una de las finalidades de dicha reforma era prestar seguridad a los ciudadanos respecto de su futuro pensional. Para ello el Artículo 32 de la norma indicó:

ARTICULO 32. Características. El Régimen de Prima Media con Prestación Definida tendrá las siguientes características:

- a) Es un régimen solidario de prestación definida;
- b) Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley; (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este literal fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-378 de 1998.).
- c) **El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados.** (Negrilla nuestra)

²⁹ El Sistema de Seguridad Social Integral vigente en Colombia, fue instituido por la Ley 100 de 1993 y reúne de manera coordinada un conjunto de entidades, normas y procedimientos a los cuales podrán tener acceso las personas y la comunidad con el fin principal de garantizar una calidad de vida que esté acorde con la dignidad humana, haciendo parte del Sistema de Protección Social junto con políticas, normas y procedimientos de protección laboral y asistencia social. Tomado de https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_100_de_1993. 11/10/2015 a las 10:18 a.m.

Allí se patentó de forma expresa que el Estado garantizaba las obligaciones del régimen de prima media con prestación definida, régimen que hasta el año 2011 era administrado por el Instituto de Seguros Sociales, ISS.

Se evidencia en la disposición normativa una garantía genérica a cargo del Estado, por lo que en principio no se tendrían elementos para indicar si se trataría de una obligación de tipo real o personal ya que sería menester profundizar y complementar sus alcances.

La misma Ley, expresó en su artículo 138:

Garantía estatal en el régimen de Prima Media con Prestación Definida. El Estado responderá por las obligaciones del Instituto de Seguros Sociales, para con sus afiliados al régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los ingresos y las reservas de dicha entidad se agotasen, siempre que se hubiesen cobrado las cotizaciones en los términos de esta Ley.

La reforma al régimen de Seguridad Social, comprendió entonces dos condiciones iniciales para que el Estado sirviera de garante al Instituto de Seguros Sociales:

- Que los ingresos y reservas de la entidad se agotasen.
- Que las cotizaciones se hubiesen percibido por la entidad en la forma en que la Ley así lo dispone.

Por las confusiones en los alcances que dicha norma en su momento pudo suscitar en punto de establecer los límites en que el Estado podría ser vinculado, lo que se pudo evidenciar en diferentes demandas en lo contencioso³⁰, fue necesario que el ejecutivo realizara una reglamentación específica. De esta forma, se expidió el Decreto 1071 de 1995 que dispuso:

Artículo 1°. La garantía estatal a que se refiere el artículo 138 de la Ley 100 de 1993, para atender el pago de las obligaciones a cargo del Instituto de Seguros Sociales y a favor de los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación Definida, se hará exigible únicamente en el evento en que dicho Instituto no disponga de fondos suficientes en ninguna de las cuentas correspondientes a alguno de los regímenes de seguro que administra. La ausencia de fondos cualquiera que sea su origen deberá evidenciarse en

³⁰ Sentencia del Consejo de Estado del 5 de diciembre de 1996. Expediente: 3904. Actor: Iván Restrepo Lince. Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Caja y demás recursos representativos de las reservas constituidas con los aportes de los afiliados activos al mencionado Régimen de Pensiones, con independencia del origen de los respectivos ingresos o del Fondo correspondiente, de conformidad con las disposiciones que rigen la materia.

El Decreto definió entonces que para los efectos de la garantía estatal, el ISS, ahora Colpensiones³¹, debía incurrir en unos factores específicos de iliquidez:

- a) No tener evidenciados fondos suficientes en caja ni reservas monetarias.
- b) Que esta insuficiencia de recursos se diera en todas las cuentas correspondientes a alguno de los regímenes de seguro que la entidad administra.

A continuación dispuso la misma norma complementando al respecto:

Artículo 2º. Para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderá que la Nación asume tales obligaciones, cuando la sumatoria de las reservas registradas en los estados financieros de pensiones para vejez, invalidez y sobrevivencia no permitan atender en condiciones normales el pago de una cualquiera de dichas obligaciones pensionales, todo ello sin perjuicio de manejar por parte de la entidad, contabilidades separadas de conformidad con las

³¹ Mediante la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010), se dio creación a Colpensiones, ordenando liquidar al I.S.S. el Artículo 155 expresa al respecto:

DE LA INSTITUCIONALIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA. Con el fin de garantizar la actividad de aseguramiento en pensiones, salud y riesgos profesionales en condiciones de sostenibilidad, eficiencia y economía, se mantendrá una participación pública en su prestación. Para el efecto, se autoriza a las entidades públicas para que se asocien entre sí o con particulares para la constitución de sociedades que administran estos riesgos o participen en el capital de las existentes o para que las entidades públicas enajenen alguno o algunos de los negocios a otras entidades públicas o que los particulares inviertan o participen en el capital de las entidades públicas.

Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle.

Colpensiones será una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, para lo cual el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito, y procederá a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. En ningún caso se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones.

instrucciones que sobre el particular imparta la Superintendencia Bancaria, en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia

Se clarificó de esta manera, que debía también presentarse la situación mediante la cual, la sumatoria de las reservas de invalidez, vejez y sobrevivencia no permitieran atender en condiciones normales el pago de una cualquiera de dichas obligaciones pensionales.

Estas condiciones de vinculación del Estado especifican los alcances de las garantías que a cargo del patrimonio económico público se estipulan para responder siempre, como se vio, de forma subsidiaria.

Finalmente para que el Estado permita la ejecución de dicha garantía subsidiaria se expresa en el art. 3 ibídem que finaliza indicando:

El Instituto de Seguros Sociales deberá presentar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la suficiente antelación para que sea incluido en el presupuesto de la vigencia fiscal correspondiente el estudio certificado por la revisoría fiscal, previamente aprobado por el Consejo Directivo y avalado por la Superintendencia Bancaria, donde se determine la fecha a partir de la cual tanto los ingresos por aportes como las reservas que conforman el Fondo de naturaleza pública para pensiones son insuficientes para cubrir las obligaciones por concepto de pensiones reconocidas y por tanto se requiere de presupuesto nacional para cubrir dichos faltantes.

De esta forma, se concretaron los requisitos previos a la activación de garantías a cargo de la Nación, destinadas al cumplimiento de obligaciones de entidades descentralizadas como el ISS, hoy Colpensiones, puntualizando que además de las condiciones específicas de iliquidez, forma y contenido de imposibilidad en el pago por parte de la entidad, se debía dar aviso con la suficiente antelación al Ministerio de Hacienda. Estos mandatos legales están enmarcados dentro de lo que se define por la ley y la doctrina como una obligación de carácter personal, según lo analizado al estudiar la fianza.

Así pues, según lo dispuesto en la norma, y con miras al análisis procesal, en el ámbito de este estudio, se está en presencia de una fianza de carácter legal en cabeza de la Nación; unilateral, por cuanto no existe contraprestación; gratuita,

por cuanto no genera cobro al afiliado o beneficiario del sistema pensional, ni a la aseguradora; condicional, según se analizó, para que sea procedente, con cargo al patrimonio económico de la Nación³² y de garantía futura.

Se pasará ahora a concretar e individualizar las características de la obligación de garantía en cabeza de la Nación.

4.2.7 Características de la posición de garante que asume la Nación frente a obligaciones pensionales de Colpensiones en vigencia de la Ley 1149 de 2007

La obligación de garantía prestada es simple y de carácter personal, ya que no recae sobre bienes muebles ni inmuebles específicamente considerados, para afianzar la obligación contraída.

Es con cargo al patrimonio público.

De acuerdo a las normas anteriormente analizadas, se trata de una obligación condicional y futura, garantizando obligaciones pensionales que aún no surgen y ya que es una garantía limitada al monto en que la administradora de pensiones sea condenada sin posibilidad de pago.

Se trata de una obligación de garantía unilateral, de tipo accesorio a la obligación principal de Colpensiones en el pago de las obligaciones pensionales a su cargo (invalidez, vejez y muerte).

Es una garantía colectiva, ya que no está respaldando una obligación particular.

Es una obligación que tiene su origen en la Ley.

³² Libardo Rodríguez expresa en su obra *Derecho Administrativo General y colombiano*, 1981, Temis, P. 287 respecto de patrimonio Público: Para desarrollar las funciones que la sociedad les ha encomendado, las entidades públicas, como cualquier persona natural o jurídica, requieren elementos económicos que se traducen en la existencia de un patrimonio. Ese patrimonio según la definición clásica de COLIN y CAPITANT, está compuesto de bienes, es decir, las cosas que pueden ser objeto del derecho y que representan un valor pecuniario.

El estudio del patrimonio y, en consecuencia, de los bienes, corresponde básicamente al Derecho Civil. Sin embargo, como sucede con muchos otros temas, la presencia del Estado como propietario de bienes hace que el análisis originalmente civilista presente particularidades importantes, que es necesario estudiar desde el punto de vista del derecho administrativo.

Se trata de una obligación que debe ser regida por los cánones establecidos en el título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil para todos sus efectos sustanciales y procesales.

Reunidos los supuestos de hecho consagrados legalmente, procedería eventualmente la presentación de un beneficio de excusión o de división como prerrogativa sustancial³³.

³³ Aunque el Numeral 1 del Artículo 2384 del C.C. permite la renuncia del beneficio de excusión a cargo del fiador, esta debe ser expresa. No ocurre lo mismo en la garantía prestada con cargo al Estado.

4.3 FORMAS DE VINCULACIÓN PROCESAL DE LA NACIÓN EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, AL CONSTITUIRSE AQUELLA EN GARANTE DE LAS OBLIGACIONES DE COLPENSIONES, EN VIGENCIA DE LA LEY 1149 DE 2007 Y SUS EFECTOS EN EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

Establecidas las características y los alcances de la garantía que opera a favor de Colpensiones, según el artículo 69 del CPTSS, cabe indagar por la forma en que dicha garantía se materializa en el ámbito de los procedimientos judiciales, en tanto debería existir un mecanismo que permita que la misma se haga efectiva a favor del usuario, en caso de requerirse el concurso de la Nación para la cobertura de las obligaciones que dimanen de la función como administradora del régimen de prima media con prestación definida que le compete a Colpensiones, claro está, dicha activación de la garantía operaría cuando esta entidad se opone a conceder alguna de las prestaciones pensionales a su cargo, debiendo ser llamada a responder a través de los medios de control dispuestos en la legislación procesal.

Aunque en la práctica esa garantía, que da origen a la posibilidad de consultar las sentencias de primer grado contrarias a Colpensiones, tiene asiento normativo como figura sustantiva en los artículos 32 literal c, 35, 40, 48, 65, 69, 71, 75, 81, 83, 84 y 138 de la Ley 100 de 1993, desarrollados en el Decreto 1071 de 1995 y en el Decreto Reglamentario 832 de 1996, no está protocolizada una norma positiva que defina la forma de la intervención procesal de la entidad garante, en tanto cabría pensar que es del interés de las partes vincular a la Nación en los procesos en que intervenga Colpensiones, con el fin de establecer el alcance concreto de la garantía en el caso particular. Aún más, puede considerarse la eventualidad de que sea la Nación misma la que decida intervenir en eventos en que estime que no debe cumplir la garantía, por razones de indebido manejo de las obligaciones de la entidad al otorgar determinadas pensiones, o cuando pudiera llegar a vulnerarse el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, contenido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

En tal sentido se debe analizar cómo operan las distintas clases de intervención procesal, de las cuales la primera, por supuesto, es la intervención directa como parte, que implica que el mismo extremo pretensor formule demanda en contra de Colpensiones para lograr que esta entidad satisfaga alguna obligación pensional, especialmente la de pensión mínima, al tiempo que demanda a la Nación, para que responda, como garante, por aquello que sea de su competencia. Esta posibilidad permitiría, en un evento de estar Colpensiones al límite de su capacidad de reconocimiento de pensión mínima, que de una vez se defina la cuantía del aporte que deba hacer la Nación, a través de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dependencia encargada de cumplir la garantía, según el artículo 4 del Decreto 832 de 1996.

Para desarrollar este análisis debe entenderse quiénes pueden hacer parte de un proceso contencioso en la jurisdicción ordinaria, especialidad del trabajo y de la seguridad social, así mismo se debe tener claridad sobre quiénes pueden tener relación eventualmente con el objeto del litigio, ya que de dicho entendimiento, se podrá vislumbrar la forma de vinculación procesal de la Nación como garante según las condiciones dispuestas en el capítulo II de esta investigación.

4.3.1 Concepto de parte en la Relación Jurídica Procesal

Ha de establecerse cómo se integra una parte a un proceso, pero antes, debe tenerse claro qué es un proceso. La definición clásica indica que un proceso judicial es una secuencia lógica de pasos normados para obtener una respuesta judicial a un caso determinado.

PARRA (2006, P.1) citando a Couture define el proceso como *“una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión.”*

Científicamente, para lograr un mayor entendimiento debemos auscultar en su esencia. Sobre esto indican los autores que la naturaleza jurídica del proceso es de tipo relacional, es decir, en palabras de DEVIS ECHANDÍA (2015, P. 149): *“El*

proceso constituye una relación jurídica, que se denomina relación jurídica procesal”.

Dicha relación jurídica es el efecto propio de ejercer el derecho de acción consagrado legalmente, para obtener, mediante la activación del aparato jurisdiccional del Estado, la definición de una situación jurídica, que en el caso analizado se circunscribe al ámbito de la seguridad social pensional.

Esta relación jurídica que surge inicialmente entre el actor y el Juez hasta tanto sea vinculado el demandado, genera entre quienes allí figuran, una suerte de derechos y obligaciones planteados en procedimientos normados y esencialmente en principios como el debido proceso, la imparcialidad, la publicidad, el derecho de contradicción, la preclusión, la lealtad procesal, la economía procesal, entre otros.

Retomando a Devis Echandía (2002, P. 150) acerca de la naturaleza del proceso, el autor afirma:

Como hemos dicho, la mayoría de los procesalistas modernos están de acuerdo con la noción de la relación jurídica y su unidad, y puede decirse, como advierte Rocco, que dicha noción pertenece ya a la cultura jurídica.

De dicha relación jurídica, surgen unas partes, que son las personas llamadas a atender las obligaciones surgidas del proceso. Estas son, el Juez, parte supra ordenada, el o los demandantes y el o los demandados, que son los sujetos coordinados. Además, en el curso de la Litis pueden intervenir algunos terceros interesados en el desarrollo, causa u objeto del pleito.

Las partes coordinadas, pueden serlo en virtud de la simple comparecencia al proceso, ya sea porque persiguen un interés serio derivado de un derecho sustancial, ya sea para defenderlo o reclamarlo, o pueden serlo por la iniciación de una demanda temeraria sin ningún fundamento.

La concepción de parte dentro del proceso ha sido considerada en dos ámbitos, de forma amplia o estricta:

En sentido amplio, parte es quien interviene en el proceso con una pretensión, reclamando un derecho o frente a quien se ejercita esa pretensión o se reclama el derecho. En sentido estricto, parte es quien demanda y quien es demandado. La noción de parte en sentido jurídico se equipara a la noción de parte en sentido gramatical, porque es parte quien interviene en un acontecimiento o participa en una relación. CANOSA (2014, P. 112)

Como la noción de parte en sentido amplio acepta la intervención de toda clase de personas, no solamente demandante y demandado, se hace imperativo reconocer y distinguir entre las concepciones de parte, tanto en sentido procesal como en sentido material.

4.3.1.1 Parte en sentido procesal

Según DEVIS ECHANDÍA (2015, P. 286), la parte en sentido procesal es un concepto eminentemente formal:

Todos los autores distinguen, con mayor o menor claridad, las relaciones extraprocesales y las procesales, para a su vez separar la noción de parte aplicada a cada una. Cuando se trata de relaciones procesales el concepto de parte se refiere a quienes intervienen en el proceso, sin que importe la situación en que se encuentren respecto del derecho sustancial discutido o por satisfacer y del litigio que se haya presentado.

El mismo autor considera que parte puede ser tanto demandante como demandado, Juez, tercero interviniente y cualquier otro interesado, tenga o no injerencia material en el conflicto, clasificando dichas partes en iniciales e intervinientes, principales y secundarias, permanentes y transitorias o incidentales, necesarias y voluntarias, espontáneas y forzadas u obligadas a comparecer, simples y múltiples o plurales .

La doctrina dentro de la teoría procesalista desarrolla el concepto de parte entonces, como la mera intervención de un sujeto, sea o no titular de la relación sustancial, quien teniendo interés o no en el litigio, interviene y hace parte de éste.

De esta manera, puede ser parte en el proceso quien no lo sea en la relación sustancial, ni en el litigio que sobre ella exista, o puede ser parte en dicha relación y en el litigio quien no lo sea en el proceso. Lo primero, porque puede demandarse sin derecho o sin legitimación en la causa e interés sustancial para obrar, ya que estas son cualidades que miran la relación sustancial y que influyen en la suerte de las pretensiones y en el contenido de la sentencia. DEVIS ECHANDÍA (2015, P. 286)

Bajo esta estructura surge entonces la necesidad de definir qué es una parte en sentido material, para colegir de acuerdo con dicha definición, si la Nación, como garante de las obligaciones de Colpensiones, condición que garantiza que las sentencias condenatorias proferidas en contra de esta última, puede intervenir en los procesos laborales, ya que como se vio, desde el punto de vista meramente procesal, podría en todo caso ser parte. Si lo es, en sentido material por supuesto, ¿bajo qué presupuestos y cuáles efectos se generarían por dicha intervención?

4.3.1.2 Parte en sentido material

Es parte, en sentido material, quien está facultado por la relación sustancial sobre la que versa el litigio o proceso. Según esta definición, ante un conflicto de intereses, solo son partes quienes disputan el derecho a obtener una sentencia de fondo, favorable o desfavorable a sus intereses, pero que resuelva su situación subjetiva.

Este concepto de parte, en sentido material, no debe confundirse con la titularidad del derecho que pueden tener los litigantes, ya que solo con la definición de la situación jurídica dada por medio de la sentencia se puede determinar aquella titularidad.

De aquí surge que es necesario establecer cuáles son los requisitos o presupuestos materiales de la sentencia de fondo, es decir, qué se requiere para que exista obligación del juez de fallar de fondo y que el ejercicio del derecho de acción no se haga ilusorio. Esto, por cuanto si un demandante vincula a la Nación, la cita el Juez o magistrado, o ésta interviene motu proprio dentro de un proceso

laboral en donde Colpensiones figure como ente demandado, el éxito de las pretensiones del accionante o la correlativa defensa de la Nación en su posición de garante dependerán, fundamentalmente, del grado de abstracción que haga el juez de las normas que vinculan a ésta como sujeto de la relación material que da origen al litigio.

4.3.1.3 Interés para obrar

Este interés sustancial, también llamado interés para obrar, hace parte de los requisitos que para obtener sentencia de fondo requiere el accionante o que para defender sus intereses oponga el demandado. Este interés es diferente al interés para accionar ya relacionado como el derecho de acción público y subjetivo que tiene toda persona. En este punto lo que interesa es la existencia de una verdadera expectativa sustancial que haga entrever que con el ejercicio del derecho de acción, se puede generar el beneficio amparado por la norma, siempre y cuando ese beneficio sea serio y actual, como condiciones características puntuales de ese interés.

Solo un sujeto con la condición de persona tiene interés para obrar, y de acuerdo con el artículo 73 del C.C. puede ser natural o jurídica, esta última definida por el artículo 633 *Ibidem*, cuya personalidad deviene de la ley.

Establece MONROY (2015, P. 389) respecto de la clasificación de las personas jurídicas:

Las personas jurídicas se dividen en personas jurídicas de derecho privado y personas jurídicas de derecho público.

El artículo 633 inciso 2 del Código Civil dice: “Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.

Las personas jurídicas de derecho público son la nación, los departamentos, los departamentos administrativos y las entidades descentralizadas (establecimientos públicos, sociedades de economía mixta, y sociedades industriales y comerciales del Estado).

Entonces, cuando se entabla una demanda en contra de Colpensiones, se está dirigiendo la acción en contra de una persona jurídica de carácter público, lo

propio acontece cuando la Nación se vincula al proceso; desde esa óptica se debe analizar el interés para obrar de dichos entes.

Siempre el demandado en un proceso laboral y de la seguridad social, en este caso persona jurídica de carácter público, tiene interés para obrar. Al respecto señala DEVIS ECHANDÍA (2015, P. 224):

En los procesos de condena civiles, laborales y contenciosos-administrativos el demandado siempre tendrá este interés sustancial, puesto que se le pretende imponer una obligación que afecta su patrimonio económico o moral (...).

De manera que sobre este punto, es necesario indicar que se podría pensar que la Nación siempre podrá acudir a un proceso en el cual se debatan prestaciones económicas, que, en virtud de las condiciones expresadas en la Ley, puedan hacer efectivas los demandantes en su contra, todo esto, como consecuencia del interés en las pretensiones que le endilga su especial posición. Esta intervención podría darse como demandado principal o interviniente principal de lado del demandado. Así pues:

(...) si se pretende intervenir como litisconsorte o como principal excluyente, es necesario que exista un interés jurídico en las resultas del proceso, porque la sentencia que resuelva sobre las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado pueden lesionar o beneficiar un derecho propio de ese tercero, debido a la conexión jurídica que exista entre este y la relación sustancial que es objeto del proceso. DEVIS ECHANDÍA (2016, P. 226)

A pesar de todo lo dicho, es preciso relacionar y examinar otro de los presupuestos materiales de la acción, que defina si una demanda dirigida en las condiciones inmediatamente anteriores, puede ser vinculante para la Nación como para que amerite su intervención y los efectos procesales que ello conllevaría.

4.3.1.4 Legitimación en la causa

Como otro de los presupuestos para obtener una sentencia de fondo y como uno de los elementos de la pretensión, se encuentra la *“legitimatío ad causam”*, que no es más que ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede

impetrar las pretensiones por ser el sujeto activo de la relación sustancial pretendida, o en su defecto, tener la condición de sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial que autorice para intervenir en el proceso citado. Este concepto se diferencia del interés para obrar, en que el último hace referencia a que la pretensión sea “en tiempo”, es decir, que el interés sustancial sea actual y serio.

Indica Devis Echandía (2015, P. 240) que el demandado siempre tiene interés para obrar, porque como se dijo, se persigue una vinculación de este con la sentencia, pudiendo resultar afectado con la misma. Pero puede ocurrir que a pesar de contar con dicho interés, el demandado no tenga legitimación en la causa, por no ser la persona que de acuerdo a la ley deba discutir las pretensiones del demandante.

Por vía de ejemplo, tal sería el caso de quien, teniendo la condición de compañera permanente que persiga una pensión de sobrevivencia, demanda a una cónyuge superviviente que no tenga cumplidos los requisitos para adquirir ese mismo derecho; esta cónyuge, en tal situación no estaría legitimada en la causa para ser objeto de la relación sustancial, así tenga interés para obrar, dado que quien la cita al proceso pretende un detrimento económico de ella, lo que pone a la convocada a la litis en situación de ejercer su derecho de defensa.

Con todo, la diferenciación del interés para obrar y la legitimación de la causa, además de confusa, ha sido muy discutida. Algunos doctrinantes consideran que el interés para obrar considerado separadamente es inútil, toda vez que si la ley prevé que una determinada persona puede ser sujeto de una relación sustancial, está suponiendo que su interés es serio y actual, lo que sucede es que puede no tener la titularidad del derecho por cuanto, como en el ejemplo planteado, no ha cumplido el supuesto de hecho que la norma consagra para la obtención de la susodicha pensión.

Sobre la legitimación en la causa, establece Parra (2006, P. 13) que es una aptitud específica en virtud de la relación material que surge del objeto del

proceso, aptitud que debe existir en el momento de establecerse la relación jurídico procesal y en el caso de terceros al momento de su intervención.

El mismo autor citando a UGO ROCCO señala al hablar de la intervención de terceros legitimados en la causa:

Tales normas (se está refiriendo a las de legitimación), no solo establecen qué sujetos están jurídicamente autorizados para accionar y para contradecir, frente a otros sujetos, para obtener declaración de certeza o para la realización de una determinada relación jurídica, sino que determinan también, en la hipótesis de proceder al ejercicio de la función jurisdiccional a requerimiento de algún interesado, qué sujetos deben participar o ser llamados a participar, con el carácter de actores o demandados, en la declaración de certeza de aquella relación.

Concluye el autor expresando que existe legitimación de los terceros que justifiquen su intervención, cuando éstos tienen que hacer valer intereses jurídicamente tutelados, en un proceso dado, o cuando por existir una relación material o disposición legal, pueden ser llamados de oficio, o a petición de parte, a aquél.

De esta forma, antes de entrar al análisis de la existencia de la titularidad material en cabeza de la Nación para ser demandada o hacer parte, se hace imperativo reseñar y examinar las distintas clases de vinculación de terceros dentro del proceso con el fin de reconocer de qué manera se podría hacer parte la entidad pública.

4.4 INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO LABORAL EN CONTRA DE COLPENSIONES

Habiendo entendido quién es parte dentro de una concepción formal, es decir, demandante y demandado, se hace imperativo hacer referencia a las formas en que se puede vincular a la Nación cuando el demandante no opta por ejercer su derecho de acción en contra de aquella, sino que al radicar sus pretensiones en contra de Colpensiones, solicita una condena que podría ser desfavorable a los intereses patrimoniales públicos, por lo cual la Nación podría intervenir. Se dice que el demandante no puede impetrar una demanda de forma directa en contra de aquella por carecer de legitimación en la causa, toda vez que la relación material que la Ley 100 de 1993 impone a la Nación como garante es condicionada tal y como se pudo colegir del estudio del capítulo II.

En un proceso donde inicialmente figuran dos partes, en este caso demandante y Colpensiones, podría acudir la Nación voluntariamente y acrecentar la parte demandada, o por el contrario, ser incluido como tercero, todo esto por la conexidad del objeto del litigio con Colpensiones, especialmente por su posición de garante. Dicha vinculación puede hacerse de manera judicial o voluntaria. Veamos cada una de las posibilidades que consagra la Ley para entender sus efectos procesales.

La persona que acude al proceso de forma sucesiva, es decir no concomitante con las partes iniciales, es denominado tercero. En este punto es necesario indagar por la concepción de tercero en el proceso laboral. Al respecto indica PARRA (2015, P. 21):

Tercero es quien, en el momento de trabarse la relación jurídico-procesal, no tiene la calidad de parte por no ser demandante ni demandado, pero que una vez interviene, sea voluntariamente, por citación del Juez, o llamado por una de las partes principales, se convierte en parte, es decir, ingresa al área del proceso. Ese tercero puede intervenir legitimado por intereses morales, patrimoniales, pero en todo caso, jurídicamente tutelados.

Una vez ese tercero es vinculado al proceso por iniciativa propia o citación judicial o de parte, pasa a integrarla como principal o secundaria, que a su vez puede ser

singular o plural. Sobre este punto cabe anotar la clasificación expresada por DEVIS ECHANDÍA (2015, P. 310)

De lo expuesto al tratar sobre pluralidad de partes y litisconsorcio y en los dos números anteriores se deduce que son varias clases de terceros procesalmente considerados, a saber, terceros con interés en el proceso o totalmente ajenos a él; terceros que podrían intervenir como principales o accesorios y secundarios, impropriamente llamados adhesivos, mejor dicho, coadyuvantes; terceros que podrían intervenir como terceristas y como litisconsortes; terceros cuya intervención es necesaria o simplemente voluntaria; terceros con interés personal en el proceso, sea excluyente o concordante con el de una de las partes, directo o indirecto, o con un interés familiar o social. Pero una vez que intervienen en el proceso esos terceros, pasan a ser intervinientes.

Tal y como se ha venido abordando, la Nación debería tener un interés dentro del proceso, por su especial posición de garante, allí es donde cobra importancia la legitimación en la causa y el interés para obrar como demandado. Según estos presupuestos materiales de la sentencia ya analizados, la Nación sí podría hacerse parte de una demanda en contra de Colpensiones una vez entablada sin haberse extendido pretensión en su contra o sin su citación al proceso, toda vez que es su deber realizar una defensa del patrimonio económico público que podría resultar afectado.

Surgen entonces cuestionamientos atinentes a la forma de hacerlo, ¿bajo qué figura? Se analizarán pues las clases de intervención procesal que tiene un tercero.

4.4.1 Litisconsorcio

Una de las formas de intervención sucesiva en el proceso es mediante el litisconsorcio. Esta figura se contempla para cuando existe una comunidad con una de las partes iniciales por encontrarse una tercería eventualmente favorecida o perjudicada con una sentencia que se genere sin su comparecencia al proceso.

Es además la unión de varias personas por determinada situación jurídica que las lleva a hacer parte del mismo proceso.

Todas las legislaciones procesales admiten la pluralidad de partes, por lo que el litisconsorcio es una herramienta, ya sea forzada por no poderse definir una situación jurídica sin la comparecencia de varias personas en el proceso, o ya sea voluntaria por el desarrollo del principio de economía procesal. Es así como la Ley establece diferentes clases de litisconsorcio atendiendo a su fuente de origen.

4.4.1.1 Litisconsorcio facultativo o útil

El litisconsorcio facultativo es una figura procesal en la cual cada persona es una parte. Así lo dispone el Artículo 60 del C. G. del P.

En dicho litisconsorcio no hay comunidad de suertes, se encuentran vinculados por un mismo procedimiento en atención al principio de economía procesal.

Esta clase de comunidad procesal se divide a su vez en litisconsorcio voluntario propio e impropio. El primero de ellos se refiere a que la parte, sea demandante o demandada, es plural por encontrarse vinculados por la causa u objeto de sus pretensiones (Causa petendi o bien perseguido); el segundo de ellos, es decir el impropio, es tal por encontrarse vinculados la parte y el interviniente por una relación de dependencia material o instrumental, esto es, vinculación por el título legal o por las pruebas que son materia del proceso.

La oportunidad para intervenir bajo esta especie de litisconsorcio es hasta antes de la sentencia de segunda instancia y se caracteriza por la independencia entre éstos respecto de los efectos de la sentencia, la disposición del derecho del litigio y los recursos que así mismo son individualmente considerados, así como de las pruebas practicadas.

De lo anteriormente estudiado y principalmente por los efectos anteriormente relacionados, no es posible asimilar la intervención de la Nación dentro de la figura del litisconsorcio necesario en un proceso en contra de Colpensiones, toda vez que al estudiarse de manera independiente las pretensiones de los intervinientes, la consideración de cada persona como parte autónoma, así como lo escindible de los efectos de la sentencia, no podría decirse que la Nación en su

papel de garante podría tener una providencia autárquica de la que Colpensiones obtendría respecto del demandante, esto por cuanto como se pudo analizar en el capítulo II, la garantía es siempre accesoria y sigue la suerte de la relación sustancial principal, nunca independiente, por lo que se descartará esta clase de intervención como procedente para el caso concreto.

4.4.1.2 Litisconsorcio Necesario

Es definido como la intervención forzada de terceros como consecuencia de no ser posible decidir y escindir los efectos jurídicos de la sentencia sin tener en cuenta a otras partes que no hacen parte de la relación procesal.

En todo proceso contencioso, tal y como se expresó anteriormente deben existir por lo menos dos partes, es la denominada parte en sentido formal o procesal.

Esa parte, sea activa o pasiva, puede ser necesario alterarla, ya sea mediante la orden que el Juez haga de la vinculación de un tercero, la proposición de una excepción previa basada en la integración del contradictorio, o la concurrencia voluntaria de dicho tercero.

Esta comparecencia se da como consecuencia de una relación material que no es posible obviar y que hace parte del objeto del litigio. Es una imposición de dicha relación, como dice PARRA (2015, P. 55), no para la existencia del proceso sino para poder dictar sentencia de mérito.

La integración del tercero es dada por esa relación material que es única e inescindible, también puede generarse como consecuencia de una orden legal. En la primera, por ejemplo, cuando se solicita la nulidad de un contrato en el que intervinieron A, B y C. Si A quiere iniciar una acción de ineficacia del contrato, deberá impetrarla en contra de B y C, si no lo hace, el juez tiene el deber de ordenar su vinculación.

Por orden legal se da en varios casos, entre ellos, cuando se inicia un proceso divisorio en donde es imperativo demandar a los comuneros.

La justificación del litisconsorcio necesario se expresa en una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 02 de noviembre de 1994 así:

La razón de ser de esta figura se halla ligada al concepto de debido proceso como derecho fundamental de las personas que les otorga la garantía de no ser vinculadas o afectadas por una decisión judicial, sin haber tenido la oportunidad de exponer su posición en un proceso adelantado de acuerdo con los ritos preestablecidos (Constitución Política, artículo 29) y es que el litisconsorcio necesario se explica porque es imperativo para la justicia decidir uniformemente para todos los que deben ser litisconsortes.

Este litisconsorcio se da entonces como la necesaria vinculación de terceros que por estar unidos por la relación material objeto de la controversia, no se pueden desligar del proceso. Tiene como características las siguientes: i) Es una misma pretensión con varios cotitulares (partes). La Sentencia es idéntica para todos. ii) Los términos, las pruebas, las excepciones propuestas y los recursos propuestos por uno de los litisconsortes necesarios los benefician a todos, con contadas excepciones. iii) Si no son vinculados al proceso, no podrá existir sentencia de fondo y si la hay, no será eficaz para aquel que debió haber sido citado. iv) Su regulación legal se encuentra consagrada en el Artículo 61 del CGP.

Se podría pensar que como la sentencia es vinculante para la Nación, siendo sus efectos extensivos al patrimonio público por su posición de garante legal de las obligaciones de Colpensiones, debería efectuarse la comparecencia de aquella para que pueda debatir las pretensiones del demandante y así eventualmente salvaguardar su garantía ejerciendo su derecho de defensa.

Lo cierto del caso es que teniendo como presupuesto que la posición de la Nación es la de ser garante de las obligaciones surgidas con ocasión de una sentencia en un proceso de conocimiento, no es posible indicar que pese a su carácter accesorio, la garantía personal dada por el Estado sea postulado de vinculación obligatoria hasta tanto no exista efectivamente la obligación principal afianzada, es decir, si en un proceso laboral se debate la existencia o no de la obligación de una entidad pública como Colpensiones de pagar o no unas pretensiones de la demandante, no se exige la presencia de la Nación hasta que no exista una

sentencia condenatoria, toda vez que al no surgir la obligación por imposición de una orden judicial, tampoco la fianza otorgada en favor de aquella.

Por otro lado, la relación que debe ser única e inescindible es la que exista entre los distintos demandados. El carácter accesorio de la fianza no dispone otra cosa que el compromiso de pago de una obligación ajena en caso de existir. Es decir, no es discutible la libertad que tiene la Nación de hacer parte o no del proceso, lo que sí lo es, es que se imponga una obligación al Juez o a la parte demandante de hacer comparecer al proceso a quien no se encuentra vinculado de manera directa con la relación sustancial derivada de las obligaciones pensionales. Al obtenerse por la parte demandante una sentencia favorable en contra de Colpensiones, nada tiene que hacer la Nación sino cumplir con el pago derivado de la incapacidad económica del ente descentralizado, por lo que sería erróneo concluir que si no se cita a la Nación a hacer parte del proceso, no se pueda generar sentencia de fondo, estimatoria o desestimatoria de las pretensiones.

Finalmente cualquier acción judicial en contra de Colpensiones puede decidirse sin que se haga imperativo vincular a la Nación como parte.

Como conclusión, el litisconsorcio necesario no puede ser invocado como forma de vinculación de la Nación en un proceso en contra de Colpensiones, ni aún en un eventual proceso ejecutivo, específicamente por cuanto esta forma de intervención procesal se reserva para los procesos de conocimiento.

4.4.1.3 Litisconsorcio Cuasinecesario

El litisconsorcio cuasinecesario ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia como una especie de término medio entre el litisconsorcio facultativo y el necesario. Al respecto en sentencia del 24 de Octubre de 2000, la Corte Suprema de Justicia indicó:

Algunos doctrinantes han querido hallar un tipo “intermedio” de litisconsorcio, que se ha dado en llamar “cuasinecesario”, como igualmente lo identifica el recurrente. Concretamente aquí en Colombia, el procesalista Jairo Parra Quijano, no sin antes calificar de “un poco forzado” y “no del todo nítido”, el concepto de litisconsorcio cuasinecesario, admite su posibilidad

legal en el citado texto, puesto que él no se refiere al necesario, pero tampoco al voluntario, “por cuanto si el litisconsorte no interviene (se trata del último), los efectos de la sentencia no lo afecta”.

Este litisconsorcio se refiere a que existiendo varias personas que pueden estar legitimadas para demandar o ser demandadas y cuya sentencia va afectar a estos terceros, puede que comparezcan o no al proceso, dándose la oportunidad para que lo hagan y así ejerzan su derecho de defensa.

De conformidad con el Artículo 62 del CGP que incluye de manera novedosa la figura del litisconsorcio cuasinecesario obviada en el anterior CPC, indica la Ley como presupuestos de éste; a) la titularidad de una relación sustancial a la cual se extiendan los efectos de la sentencia y; b) una legitimación para ser parte en la controversia.

Esta clase de intervención aparece de forma excepcional en lo dispuesto en el Art. 1571 del CC que establece la solidaridad en las obligaciones. Allí se dispone que “El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.”

Se diferencia del litisconsorcio necesario en que no es forzosa la intervención del litisconsorte, puede o no intervenir, pero con uno solo que intervenga es suficiente. Tiene las siguientes características procesales: i) La intervención se da con las mismas facultades que tiene la parte; ii) es facultativa la concurrencia al proceso; iii) Toma el proceso en el estado en que se encuentre. No hay términos adicionales para practicar nuevas pruebas; iv) Si no interviene los efectos de la sentencia no le son oponibles; v) Solo es posible en procesos de conocimiento, no en ejecutivos.

El litisconsorcio cuasinecesario, de acuerdo a lo analizado, tiene varias particularidades que lo hacen inaplicable para el caso en que la Nación pretenda intervenir bajo los supuestos reseñados.

En primera medida la norma establece la necesidad de una relación material que la ley regule, además de una legitimación para intervenir. Las normas aplicables a

la caución otorgada por la Nación de acuerdo con las conclusiones dadas en el capítulo II de esta obra señalan que a la fianza legal le son aplicables las normas que sobre el particular consagran los Artículos 2361 y ss. del CC en donde dispone que la fianza es una obligación accesoria que sigue la suerte de la principal, sin permitir que el fiador intervenga en el desarrollo y discusión de la obligación primaria, sino que únicamente lo faculta para proponer ciertas excepciones y beneficios pero al momento del pago, es decir, cuando se ha iniciado un proceso ejecutivo por el impago de las obligaciones generadas en una sentencia.

En segundo lugar, la doctrina establece que la sentencia afectará a todos los litisconsortes de igual manera, no siendo oponible a quien no hizo parte del proceso ejerciendo su derecho de defensa, por lo que con la intervención de uno solo de ellos es suficiente para obtener sentencia de mérito. No se podría pensar una demanda prescindiendo de Colpensiones quien es la legitimada por la ley para debatir el pago de obligaciones pensionales.

Finalmente, el litisconsorcio cuasinecesario es una figura contemplada de forma excepcional y de acuerdo con la misma descripción jurisprudencial, es por lo menos “confusa” por sus especiales características, por lo que legalmente solo se encuentra consagrada en el caso de las obligaciones solidarias.

4.4.2 Intervención principal o excluyente

La intervención principal, contrario a la adhesiva o coadyuvante, se encuentra reglada en el Artículo 63 del CGP y establece la oportunidad para que un tercero interviniente haga parte del litigio, incoando para sí el objeto o el derecho disputado por las partes originales.

Esta figura fue adoptada desde el Derecho canónico en virtud de las falencias procesales que no permitían a quien pudiera estar legitimado para reclamar para sí el derecho disputado, por lo que se optó por permitir la intervención de dicha parte al pleito reclamando de forma autónoma sus propias pretensiones. (Páez, 1986 P. 4)

La legitimación del interviniente principal está dada por el mero hecho de pretender el derecho disputado por las partes iniciales, pero siempre sobre una base de incompatibilidad con éstos.

Tiene como efectos procesales, según indica PARRA (2006, P.113) los siguientes: i) el interviniente es parte principal; ii) las partes originales pasan a ser litisconsortes; iii) el tercero puede intervenir hasta antes de la celebración de la audiencia inicial; iv) el interviniente principal actúa con todos los derechos de parte.

Al analizar dicha figura y principalmente por la características de incompatibilidad de las pretensiones de las partes, salta de bulto que no podría la Nación hacerse parte de un proceso en contra de Colpensiones, toda vez que sería necesario que pretendiera suyos los derechos pensionales del demandante lo cual sería absurdo.

Por otro lado sería necesario que la Nación entablara demanda no solo en contra del accionante primigenio, sino también en contra de Colpensiones sustentando su derecho a intervenir como parte.

4.4.3 Llamamiento en garantía y denuncia del pleito

En este punto sobresale la modificación realizada en el CGP en donde se suprimió la figura de la denuncia del pleito. Ambas figuras establecen la posibilidad de citar a un tercero con el fin que se haga parte de un proceso donde se debaten pretensiones que eventualmente podrán repetirse en contra de los citados.

Por razones de economía procesal, se pone a disposición del juez la relación material de los citados con las partes principales y se establece la posibilidad de resolver sobre ella en el mismo proceso con el fin de evitar una eventual reclamación en otro proceso independiente.

La denuncia del pleito es una figura en la cual, el Art. 54 del CPC establecía la posibilidad de llamar a quien estaba obligado por garantías reales de uso, goce y

disposición de un derecho real. Es la entidad procesal para la aplicación de la obligación de saneamiento dentro del contrato de compraventa. Este llamamiento se da como necesidad para evitar perder la garantía por evicción devenida en la enajenación.

4.4.3.1. Denuncia del pleito

La Litis denunciación ha sido tratada por la doctrina nacional como la institución mediante la cual el vendedor demandado en un proceso, llama a su vendedor, es decir, la persona de quien obtuvo el bien que ahora reclama el tercero con el fin que haga parte del proceso e indemnice en los términos del Artículo 1904 del C.C. los perjuicios que pudiere sufrir con ocasión de los líos judiciales en que se encuentra.

Para evitar perder la garantía, el comprador debe citar a su vendedor y éste, una vez citado comparece al proceso, ya sea a apoyar como parte a su llamante o a poner en tela de juicio su llamamiento.

Si se condena al comprador habiendo propuesto todas las defensas que su posición le implica, el vendedor deberá cancelarle todos los perjuicios causados con ocasión del contrato y del litigio.

4.4.3.2 Llamamiento en garantía

Por otro lado, el llamamiento en garantía era tomado como una institución sin independencia de la denuncia del pleito, ya que consagraba la posibilidad de citación de un tercero obligado ya fuera por la ley o por un contrato, a resarcir los perjuicios derivados de una demanda en contra del llamante, pero siempre utilizando las normas procesales de la denuncia del pleito. Esta similitud le valió la calificación de “inútil” por parte de la doctrina.

Con la expedición de la Ley 1564 de 2012, se cambió de criterio y se estableció en sus Artículos 64, 65 y 66 el llamamiento en garantía como figura autónoma, prescindiendo de la denuncia del pleito, consagrando así la posibilidad de una

citación a un tercero con motivo de una obligación con el llamante devenida con ocasión de la Ley o una relación sustancial. PARRA (2006, P. 217) lo explica así:

Como me han demandado o he tenido que demandar y corro el riesgo de ser condenado, o ver desfavorecidas mis pretensiones lo llamo, “prematuramente”, para que a su vez usted sea condenado a pagarme el valor total o parcial de esa condena o de mis pretensiones, porque por ley o por el contrato usted está obligado a ese resarcimiento.

Ninguna de las anteriores figuras tiene cabida en el caso de que la Nación quiera vincularse a un proceso por la potísima razón que la obligación de ésta en el trámite de una demanda nace ante la imposibilidad de pago de la entidad y se consagra en favor de esta una vez sea exigible, no antes.

Como se trata de una figura en la cual se debaten dos relaciones sustanciales en un mismo proceso, esto es, la relación entre demandante y demandado y la relación material entre llamante y llamado, no podría asemejarse a una fianza legal establecida en favor de Colpensiones por lo que simplemente se desechará éste tipo de intervención procesal como aplicable para el caso concreto.

4.4.4 Llamamiento ex officio

Es la primera de las figuras que considera al interviniente ya no como parte, sino como un tercero relativo, es decir, un tercero que puede tener interés en el proceso, pero que no tiene calidad de parte principal con las atribuciones que a ésta le corresponden.

De acuerdo con el Artículo 72 CGP en cualquiera de las instancias cuando el juez advierta fraude o colusión deberá citar a quien pudiere resultar perjudicado por las partes en el proceso, suspendiendo el mismo hasta por 30 días. Se da en procesos de conocimiento y es un desarrollo de la prevención que debe tener el juez en contra de los actos que impliquen agravios contra la dignidad de la justicia.

Esta forma de intervención procesal, por obvias razones no puede ser adoptada en la eventual participación de la Nación en un proceso en contra de Colpensiones.

4.4.5 Intervención adhesiva

La intervención adhesiva o coadyuvancia es una de las formas que el CGP y anteriormente el CPC han establecido para la inclusión de un tercero en un proceso contenciosos ya iniciado.

Esta clase de intervención se encuentra reglada en el Artículo 71 del CGP en el cual se indican las condiciones generales para que un tercero relativo al proceso entre a hacer parte de mano ya sea del demandante o del demandado, apoyando sus actos procesales y en general, sus pretensiones o defensas.

Este tipo de coadyuvancia se da siempre en interés de la parte principal, que por tener una relación material con el interviniente, podría ser apoyado por éste con el fin de evitar los efectos adversos que podrían resultar de una sentencia contraria a sus intereses.

El coadyuvante es simplemente una parte accesoria, no principal, que puede ejercer todos los actos de parte por el interés surgido con ocasión de la relación material con la parte que coadyuva, y aunque no se le extienden los efectos jurídicos de la sentencia, si podría perjudicarle un interés económico o moral jurídicamente tutelado reconocido a la parte adversa en la sentencia.

Los presupuestos para que el interviniente adhesivo sea aceptado en la relación litigiosa es la solicitud en forma, probando la relación jurídica que lo vincula con la parte principal, siempre teniendo como base que dicho interés derivado del vínculo material debe ser jurídicamente tutelado, es decir, no cabría un interés subjetivo para ser aceptado. Sería éste el ejemplo de una intervención por la animadversión que se tiene con el demandante.

El interviniente no puede además estar actuando como parte en el proceso en el que pretende ser incluido, ni tampoco puede ampliar la Litis. Será incluido como

una parte accesoria de la principal que pretende coadyuvar, reservándose la realización de todos los actos que se le permiten al actor principal, pero con ciertas excepciones fundamentadas en la imposibilidad de contrariar a quien coadyuva. Dichas limitaciones son las siguientes: i) No puede disponer del derecho del litigio; ii) no puede ampliar la Litis, por ejemplo interponiendo demanda de reconvención o reformando la demanda; iii) no puede interponer recursos que la parte principal manifieste no desear interponer; iv) no puede ser testigo ni perito en el proceso en que coadyuva a una de las partes; v) toma el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.

En dicha intervención accesoria o adhesiva, la parte solo ingresa con el ánimo de apoyar a la parte principal, su naturaleza se insiste, es siempre secundaria, por lo que puede concluirse por sus características y presupuestos que es una figura aplicable a la intervención de la Nación dentro de un proceso adelantado en contra de Colpensiones, en donde podría comparecer con el fin de enriquecer la defensa del patrimonio público con las facultades de parte que allí le otorgan. A esta conclusión se llega por las siguientes razones:

Primero porque la Nación tiene una relación de dependencia con el demandado principal frente al cual se debaten las prestaciones a cargo de Colpensiones que eventualmente tendría que pagar, pero dicha dependencia de pago no le permite llegar al proceso en la posición de litisconsorte en cualquiera de sus modalidades, ni tampoco como interviniente principal, por las razones esbozadas en apartes anteriores.

De otra partes, Colpensiones puede efectuar todos los actos independientemente considerados sin necesidad de interferir con las obligaciones subjetivas por ley encomendadas como entidad encargada del régimen general en pensiones, y la Nación podría ejercer los actos de defensa que en su interés como garante le competen para hacer efectiva el contradictorio sin interferir con el papel legal de esta entidad pública.

La Nación tiene un interés jurídicamente tutelado por el interés común y la Ley 100 de 1993 de defender los pagos que con cargo al presupuesto podrían generarse con el pago de las obligaciones en caso de una condena, es decir, podría hablarse de un interés jurídicamente tutelado. El punto que faltaría por analizar es si dicho interés es actual. Sobre el particular es necesario indicar que al elevar una solicitud de comparecencia como la que exige el Artículo 71 del CGP se hace imperativo allegar prueba de la relación sustancial que faculta para comparecer, que no es más para el presente caso, que la invocación de la norma que establece la fianza legal a cargo de la Nación. Dicha norma estipula una serie de condicionantes para que la garantía pueda ser reclamada a la Nación, dejando entrever a rasgos generales la necesidad de iliquidez de la entidad pensional.

Si bien dicha garantía es condicionada, en cualquier momento tal y como ha demostrado la historia reciente, Colpensiones puede entrar en iliquidez, lo que permitiría acoger la solicitud de intervención adhesiva con alcance de actualidad.

Esta necesidad se acentúa, si se tiene en cuenta la demora en la resolución de los procesos judiciales laborales, así como en la consulta obligatoria decantada por el Artículo 69 del CPTSS, lo que deriva en un interés inmediato por la necesidad de defender las eventuales obligaciones generadas por una sentencia.

Además, la Nación puede ejercer la defensa del patrimonio público sin quedar vinculado por los efectos de la sentencia, realizando petición de pruebas, tacha de documentos, interrogatorios, entre otros, además pudiendo renunciar a su intervención en cualquier momento, lo cual deja a salvo cualquier acción que en su contra se pueda efectuar en el mismo proceso.

No puede perderse de vista que la Nación siempre se comportará como una parte, pero siempre accesoria, esto permite que contrario a ser considerado como parte principal, por ende no puede contradecir a quien coadyuva ni interponer recursos, ni dar terminación anormal del proceso en formas en las que Colpensiones no consienta, dejando a salvo las garantías del demandante en materia pensional.

Por todo lo anterior se considera que la forma de vinculación de la Nación en un proceso como el analizado solo puede ser ejercida mediante la coadyuvancia o intervención adhesiva, teniendo siempre en cuenta la posición especial de garante que por disposición legal encuentra dentro de la situación bajo análisis.

Lo anterior se confirma por lo dispuesto en el nuevo Código General del Proceso, que en su Artículo 610 establece la posibilidad de intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en interés del patrimonio público en los procesos que ante cualquier jurisdicción se adelanten.

4.5 EFECTOS PROCESALES DE LA CONSULTA COMO MODIFICACIÓN DE LA LEY 1149 DE 2007.

De lo anterior se colige que a pesar que la Nación pueda tener interés para obrar cuando sea demandado por un accionante en un proceso laboral en contra de Colpensiones, su legitimación en la causa será inexistente por no haberse cumplido los requisitos que exige la Ley para poder impetrar una acción en contra suya, lo cual debería generar una sentencia adversa para los intereses del demandante como primera conclusión procesal de la introducción del grado jurisdiccional de consulta a la luz de lo analizado en los numerales anteriores.

Como segunda conclusión es de anotar que según el estudio de las modalidades en que intervienen los sujetos dentro del proceso, se concluye que la aparente condición de garante que se atribuye a la Nación, ha servido de motivo para que el legislador disponga que toda sentencia condenatoria en contra de entidades descentralizadas, como Colpensiones, deba ser consultada, so pena de incurrir en pretermisión de la instancia cuando no se ordene esa revisión; sin embargo, como no puede considerarse parte procesal a la Nación, por no reunir las características atrás descritas, es imposible que la consulta pueda suscitarse por la presencia de este sujeto, al tenor del inciso tercero del art. 69 del CPTSS, ya que la condición de parte mal podría ostentarla la Nación; ahora bien, si ésta solo puede actuar como interviniente accesorio (coadyuvante), tampoco habría lugar a la consulta, a menos que en el litigio se haya definido que esa entidad coadyuvante sí ha de proporcionar la garantía que la ley le impone, se itera, bajo las condiciones que disponen las regulaciones sobre garantía a cargo del Estado. Lo dicho tiene una incidencia procesal avistada desde la proposición misma del trabajo de investigación y tiene que ver con la validez de las sentencias que no fueron consultadas desde la promulgación de la Ley 1149 de 2007 hasta su total entrada en vigencia en el año 2012 en todos los distritos judiciales -incluso hasta la fecha en que se interpretó la norma por el alto tribunal en el sentido de indicar la procedibilidad de la consulta en todas las sentencias adversas a Colpensiones-,

por lo que cualquier providencia que a la fecha no haya sido consultada encuentra su validez en las conclusiones que se aportan.

Aquí también se impone como materia de estudio lo dispuesto en el Artículo 138 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de la garantía condicionada que el Estado prestaría a Colpensiones, desarrollada por el Decreto 1071 de 1995, así como la analizada característica de subsidiariedad con cargo al patrimonio público.

En el capítulo anterior se estudió que si bien la Nación como consecuencia de la disposición normativa relacionada tenía la obligación legal de ser garante de Colpensiones, dicha cautela tenía unas condiciones específicas, que básicamente suspenden su exigibilidad ante cualquier reclamación directa, lo que básicamente genera como consecuencia que la Nación al ser demandada, no tiene la potestad sustancial para hacer parte de un proceso en que se debatan prestaciones económicas, hasta tanto no se den los supuestos de hecho consagrados en el Art. 138 de la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario.

El evento en el cual las condiciones expuestas en tales normas no se materializan es particularmente frecuente, dado que la exigencia de haber cobrado cotizaciones, en los términos de la misma ley de seguridad social integral, suele no materializarse, pues Colpensiones no ha ejercido las facultades de cobro coactivo que le otorga el art. 24 de la misma ley, lo que daría al traste, de entrada, con la activación de la garantía a cargo de la Nación.

Dicho en otros términos, como la entidad administradora del Régimen de Prima Media no ha cobrado las cotizaciones necesarias para estructurar la financiación necesaria para el pago de las pensiones a su cargo —lo que se ha traducido, por vía jurisprudencial, en la aplicación de la figura del allanamiento a la mora, que autoriza el pago de la pensión al cotizante con cargo a Colpensiones, aunque los aportes efectuados a nombre de aquel, cuando los adeuda su empleador, no están completos— mal podría entonces exigirse que la Nación entre a cumplir con su condición de garante, que en tales términos no pasa de ser una figura potencial.

Como consecuencia, cualquier reclamación en contra carecería de legitimación en la causa por activa, por no ser la Nación el sujeto, que de conformidad con la Ley sustancial está legitimada para oponerse a la pretensión del demandante, ya que se insiste, hasta tanto no se den los supuestos de hecho, la Nación no entra a respaldar ninguna obligación contraída, lo que hace nugatoria cualquier intervención. En otras palabras, el demandante carece de legitimación en la causa por activa y de interés sustancial o para obrar, toda vez que no le puede imponer a la Nación una obligación que la Ley le ha dado de forma condicionada.

Un efecto directo de lo expuesto es que, al no existir en la práctica la garantía de la Nación a favor de Colpensiones, cuando se demuestra la omisión en que suele incurrir esta entidad en cuanto al cobro de aportes, no debería desarrollarse el grado jurisdiccional de consulta, por ausencia de uno de los requisitos que la ley exige.

Otra conclusión que puede extraerse radica en que, si los condicionamientos expuestos en las normas que regulan la figura de la garantía a cargo de la Nación no están cumplidos, y a pesar de ello se sigue dando cabida al criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en las sentencias STL 4126-2013 y STL 4255-2013, en el sentido de continuar cursando la revisión oficiosa, antes que estar cumpliendo con el cometido de que la consulta sea el mecanismo protector del patrimonio público, lo que se estaría generando es un abuso de la figura procesal de la consulta, que por el tiempo que toma en sede de los juzgadores de segundo grado, así sea de pocos meses, no hace más que aplazar el disfrute del derecho sustancial a la seguridad social pensional, incurriéndose por ende, en detrimento del derecho a obtener tutela judicial efectiva.

Recuérdese que quienes buscan garantizar por vía judicial sus derechos pensionales, en general son sujetos que han visto cumplirse las contingencias que el sistema ampara, vale decir, quienes por su edad han visto disminuida su fuerza de trabajo, o quienes han sufrido accidente o enfermedad de origen común que les hagan perder más del 50% de su capacidad laboral, o quienes dependían

del ingreso que al grupo familiar aportaba un cotizante o pensionado, pilar del sustento económico de esas familias. En general, ancianos, mujeres que quedan sin apoyo económico o menores de edad, ven entonces que la posibilidad de disfrutar derechos pensionales que han demostrado que deben disfrutar, tienen que esperar el desarrollo de la consulta del fallo condenatorio, so pretexto de una condición de garante que se hace exhibir a la Nación, pero que es solo aparente, pues no se concretan las condiciones que la legislación impone para ese fin.

Como fenómeno colateral, dado que el grado jurisdiccional de consulta es automático y abarca todos los aspectos que conforman la sentencia, esto cuando es a favor de las entidades estatales enunciadas en el art. 69 del CPTSS, se puede dar la circunstancia de que los apoderados de Colpensiones estratégicamente omitan interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia que desfavorece los intereses de la entidad, al entender que de esa manera no supeditan el estudio en el tribunal a los aspectos que sean objeto del recurso, en razón del principio de congruencia que caracteriza la alzada; en lugar de ello, su silencio ante la sentencia condenatoria conlleva que el tribunal deba estudiar en todos los aspectos la legalidad del fallo consultado, sin limitaciones de ningún tipo.

En los términos en que se ha impuesto al proceso laboral y de la seguridad social la consulta de los fallos contrarios a entidades descentralizadas, esta figura aparece redundante y desequilibra el principio de igualdad al interior del proceso. Nótese al respecto, que a más de la defensa que la entidad debe ejercer a través de los apoderados contractuales que constituya, el artículo 610 del CGP impone la posibilidad de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado intervenga en condiciones que privilegian las opciones de defensa de la parte pasiva, pues se le permite todo tipo de actuaciones, aún algunas reservadas a la parte procesal, en sentido material, llegando la norma a posibilitar que la Agencia actúe para que se adopten medidas en contra de conductas procesales de la demandada que puedan considerarse atentatorias de los bienes jurídicos que ampara esa interviniente calificada. A más de lo anterior, conforme al artículo 16

del CPTSS, el Ministerio Público debe ser enterado de la existencia de los procesos en contra de entidades públicas, con el fin de que también intervenga proponiendo mecanismos procesales de defensa de la accionada.

Así las cosas, a más de la defensa contractual, Colpensiones tiene la posibilidad de ser defendida en sus intereses por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y por el Ministerio Público, a través de sus agentes. Si a ello se suma que cuenta con el grado jurisdiccional de consulta, se tiene un panorama de desigualdad procesal, pues las armas con que se dota a la entidad, son mucho más amplias que las que pueden esgrimir la parte accionante.

5. OBJETIVOS

5.1. OBJETIVO GENERAL

Establecer los efectos procesales que surgen a partir de la consulta de sentencias laborales proferidas en contra de Colpensiones, en tanto la Nación es su garante, en vigencia de la Ley 1149 de 2007

5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

3.1.1 Identificar las características del grado jurisdiccional de consulta en materia laboral y de la seguridad social.

3.1.2. Reseñar las características de la figura jurídica de la posición de garante que asume la Nación frente a obligaciones pensionales de Colpensiones, en vigencia de la Ley 1149 de 2007.

3.1.3. Plantear las formas de vinculación procesal de la Nación que podrían ejercer las partes involucradas en el proceso ordinario laboral y de la seguridad social, al constituirse aquella en garante de las obligaciones de Colpensiones, en vigencia de la Ley 1149 de 2007 y sus efectos procesales.

6. PROPÓSITO

Se propuso el presente estudio profundizar en los diferentes aspectos de la pluricitada reforma legal en materia laboral y sus consecuencias directas en el litigio.

Para el efecto se identificaron las características del grado jurisdiccional de consulta en materia laboral, así mismo se reseñaron los diferentes aspectos jurídicos que como garante asume la Nación en virtud de las modificaciones de la Ley 1149 de 2007, estableciendo las eventuales formas de vinculación de ésta en el proceso con el fin de defender los intereses patrimoniales públicos.

Con ello se intentó vislumbrar los efectos procesales que produce para el demandante, la entidad pública demandada y la Nación el encontrarse legalmente vinculados bajo aquellas disposiciones normativas, lo que definitivamente tiene incidencia en el desarrollo, ejecución, temporalidad y consecuencias de las reclamaciones pensionales en Colombia.

Al establecerse lo anterior se pudo sacar conclusiones que permitieron sentar posiciones doctrinarias en contra o a favor de los argumentos de autoridad vigentes de las altas cortes, así como proponer un estudio con posibilidades de ampliación en su objeto, en torno a la figura de la consulta de sentencias proponiendo una visión científica de la conveniencia material de la institución procesal en determinados casos.

Todo lo anterior permitió generar recomendaciones de autoridad sobre la necesidad de puntualizar el imperativo hipotético que la reforma de la Ley 1149 2007 introdujo al proceso laboral.

7. HIPÓTESIS

El hecho de que la Nación se erija en garante de las obligaciones pensionales a cargo de Colpensiones, implica unos efectos de orden procesal, en la medida que se convierte en obligatorio el cumplimiento de la consulta de toda sentencia que sea desfavorable a la mentada entidad según lo ordena la jurisprudencia. Esa obligatoriedad comporta un alargamiento de la duración del proceso, so pretexto de la protección del patrimonio del Estado; de manera ulterior, ese tiempo procesal adicional afecta el acceso a las prestaciones de la seguridad social en pensiones a las que aspiran personas afiliadas al sistema de seguridad social, muchas de ellas en situación de protección especial, por edad o condiciones de salud, y aún en general, que tienen derechos sociales fundamentales que tienen carácter irrenunciable, lo que hace inconveniente la introducción de esta consulta ampliada a entidades del rango de Colpensiones.

Por otra parte, la garantía ofrecida en las normas legales de la seguridad social tiene una consecuencia sobre la eventual forma de intervención del ente nacional en los procesos ordinarios que se surtan contra la administradora pensional. Se establecerá que esa garantía puede sustanciarse en una de las figuras de la caución, concretamente en la fianza.

Ahora bien, siendo la Nación fiadora de Colpensiones, su intervención procesal no corresponde a la de parte procesal principal, sino a la del interviniente adhesivo, denominado también coadyuvante.

8. METODOLOGÍA

8.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación se desarrolló como un estudio de tipo cualitativo, de corte hermenéutico, que tuvo como principales fuentes de información la doctrina, la jurisprudencia y la legislación.

Se partió de los enunciados legales que establecen el trámite del grado jurisdiccional de consulta en materia laboral, ilustrados según los pronunciamientos jurisprudenciales que desarrollan ese componente procesal, a la luz de la doctrina, documentos históricos que justifican la adopción de esta medida, y la aplicación de sus criterios, ya en vigencia de la reforma al código procesal del trabajo. Se indagó si existen efectos de orden procesal que influyen en el acceso a los derechos discutidos en sede judicial por los afiliados a Colpensiones, que se ven obligados a demandar a esta entidad. Se trató, pues, de una investigación eminentemente cualitativa.

Para el desarrollo propuesto, en primer término, se hizo una recopilación bibliográfica de la información atinente al problema planteado en la tradición jurídica colombiana, desde el punto de vista de la Constitución, la ley y la jurisprudencia nacional desde las sentencias que sobre el particular ha emitido la Corte Suprema de Justicia y sobre los elementos que hacen parte del presente trabajo; a continuación se identificó en la doctrina tanto la institución de la consulta, como la calidad de la intervención de la Nación; finalmente, se estableció qué efectos de los que la teoría anuncia, se generan en el ejercicio del grado de jurisdicción.

Los datos requeridos se encontraron en la literatura nacional sobre el procedimiento laboral y de la seguridad social.

8.2 OBTENCIÓN DEL DATO

La información relativa a la presente investigación partió de la búsqueda en las principales bibliotecas Universitarias y públicas de la ciudad de Medellín, Bogotá y

Cali. Se recurrió también a búsqueda en bases de datos electrónicas tales como Lexbase, Dialnet, Scielo, Ebscohost, entre otras. También se acudieron a las principales revistas universitarias tales como Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, Revista Derecho Procesal Universidad de Medellín y otras tantas que se pueden consultar en línea.

8.3 GESTIÓN DEL DATO

Los datos requeridos para este trabajo de investigación fueron obtenidos de fuentes bibliográficas de autores nacionales, sentencias de las altas cortes.

La información se gestionó de manera directa mediante el enlace electrónico y de forma presencial en las diferentes universidades y bibliotecas de las principales ciudades del país; entre ellas la Biblioteca de la Universidad Externado de Colombia, Universidad Eafit, Universidad del Rosario, Universidad de Medellín, Universidad Católica de Oriente, Universidad Javeriana, Biblioteca Luis Ángel Arango, entre otras, requiriendo cuando ello fue necesario a cartas de recomendaciones en la secretaría del programa de la maestría en Derecho Procesal Contemporáneo.

8.4 RECOLECCIÓN DEL DATO

La recolección del dato se realizó mediante fichas bibliográficas electrónicas y físicas, así como anotaciones en formato Word de las obras citadas.

Así mismo se utilizaron medios electrónicos como fotografías, scanner y notas simples mediante archivos digitales de aplicaciones de teléfonos móviles para reseñar ciertos autores y citas doctrinarias de utilidad, todo lo cual fue plasmado en el informe de acuerdo con las reglas de redacción pertinentes.

8.5 CONTROL DE SESGOS

En lo atinente a la gestión del dato, y para garantizar un manejo ético y profesional de la información objeto de análisis, es preciso dejar constancia que uno de los investigadores labora como funcionario de la Jurisdicción Ordinaria en

la categoría de Juez Laboral del Circuito de Medellín. Se respeta la claridad en la enunciación de las fuentes, consignándose de manera fidedigna y verificable su procedencia y la veracidad de su contenido; la objetividad del recaudo de evidencias investigativas se podrá comprobar a través de la bibliografía citada. Así mismo se procedió a confrontar la actividad investigativa con el asesor Dr. Dimaro Agudelo quien daba su punto de vista respecto del desarrollo de cada uno de los avances presentados solicitando correcciones. Téngase en cuenta que la información siempre se debatió entre los investigadores quienes afrontan desde diferentes posiciones la función jurisdiccional lo que permitió una visión más amplia del problema planteado.

8.6 PROCESAMIENTO DEL DATO

Se realiza un archivo físico de los escritos recolectados por medio de fotocopia. De todo lo anterior se lleva registro de manera electrónica para poder acceder al contenido de manera fácil y confiable por los interesados en el trabajo planificado. Se realizó una copia de seguridad de toda la información que gestionada, para evitar la pérdida o destrucción de la información recolectada. Así mismo se elaboraron tres informes ejecutivos y múltiples copias en CD para respetar la integridad del trabajo. Se utilizaron medios digitales tales como Dropbox para permitir el acceso a la bibliografía consultada.

8.7 DISEÑO DEL PLAN DE DATOS

PLAN DE ANÁLISIS		
	Actividades realizadas	Resultados alcanzados
<p>Objetivo 1:</p> <p>Identificar las características del grado jurisdiccional de consulta en materia laboral y de la seguridad social.</p>	<p>Búsqueda bibliográfica física y en medios virtuales; lectura crítica.</p> <p>Separación de bibliografía relevante y redacción de textos preliminares en el Objetivo 1.</p> <p>Redacción de textos para revisión del asesor.</p> <p>Se confrontó los avances alcanzados con el asesor temático y metodológico.</p> <p>Se realizaron las correcciones planteadas y se agregaron desarrollos propios.</p>	<p>Se lograron identificar las características del grado jurisdiccional de consulta en materia laboral y de la seguridad social.</p>
<p>Objetivo 2:</p> <p>Reseñar las características de la figura jurídica de la posición de garante que asume la Nación frente a obligaciones pensionales de Colpensiones, en vigencia de la Ley 1149 de 2007.</p>	<p>Búsqueda bibliográfica física y en medios virtuales; lectura crítica.</p> <p>Separación de bibliografía relevante y redacción de textos preliminares en el Objetivo 2.</p> <p>Redacción de textos para revisión del asesor.</p> <p>Se confrontó los avances alcanzados con el asesor</p>	<p>Fue posible reseñar las características de la figura jurídica de la posición de garante que asume la Nación frente a obligaciones pensionales de Colpensiones, en vigencia de la Ley 1149 de 2007.</p>

	temático y metodológico. Se realizaron las correcciones planteadas y se agregaron desarrollos propios.	
Objetivo 3: Plantear las formas de vinculación procesal de la Nación que podrían ejercer las partes involucradas en el proceso ordinario laboral y de la seguridad social, al constituirse aquella en garante de las obligaciones de Colpensiones, en vigencia de la Ley 1149 de 2007 y sus efectos procesales.	Búsqueda bibliográfica física y en medios virtuales; lectura crítica. Separación de bibliografía relevante y redacción de textos preliminares en el Objetivo 3. Redacción de textos para revisión del asesor. Se confrontó los avances alcanzados con el asesor temático y metodológico Se realizaron las correcciones planteadas y se agregaron desarrollos propios.	Se ha adoptado una posición acerca de las formas de vinculación procesal de la Nación, que podrían ejercer las partes involucradas en un proceso ordinario laboral y de la seguridad social, al constituirse aquella en garante de las obligaciones de Colpensiones, en vigencia de la Ley 1149 de 2007 y sus efectos procesales. Se describieron de esta manera de forma clara y detallada los efectos que el grado jurisdiccional de consulta genera en el proceso laboral y de la seguridad social cuando Colpensiones es demandado.

9. RESULTADOS:

Del estudio realizado sobresalen hallazgos de tipo hermenéutico que se enuncian por su utilidad práctica.

9.1 RESULTADOS EN CUANTO AL PRIMER OBJETIVO

Surge inicialmente la observación atinente a que sobre el grado jurisdiccional de consulta y su aplicación respecto de la reforma legal del año 2007 no se encontró en la doctrina ningún antecedente en donde se resolviera el problema planteado en el presente trabajo de investigación, esto seguramente por la actualidad y novedad de la situación planteada. Lo único pertinente fueron las sentencias STL 4126-2013 y STL 4255-2013, de la Corte Suprema de Justicia, traídas a colación durante el desarrollo del primer objetivo.

Así mismo se pudo acreditar en el desarrollo del primer objetivo específico, que de las diferentes características del grado jurisdiccional de consulta, surge la de ser esta subsidiaria, cuando opera a favor de un trabajador, a diferencia de cuando se ejercita en salvaguardia del patrimonio público, estableciendo un contraste de tipo procesal, por cuanto en el primero de los casos, la revisión oficiosa solo emerge cuando las determinaciones judiciales son totalmente adversas al trabajador, mientras que en el segundo de los casos, dicho trámite se desata siempre que las resultas sean “adversas”, es decir que basta que se declare probada una pretensión en contra de la Nación, para que se active la consulta.

En el desarrollo del primer capítulo también se pudo establecer que la consulta es una institución que tiene su origen en la competencia funcional de que está investido un funcionario para revisar panorámicamente la providencia que éste emite, ya sea, en contra de las pretensiones del trabajador, o en su caso en contra de los intereses de la Nación cuando hace parte principal de un proceso o cuando se condena siendo la Nación garante de una entidad descentralizada

avalada. Por consiguiente se pudo derivar la característica de ser el grado jurisdiccional de consulta proteccionista del patrimonio público al desatarse como privilegio procesal cuando resulta condenada.

Por otro lado, el primer capítulo arrojó al analizar el trasegar histórico del grado jurisdiccional de consulta que este recurso ha venido ampliando sus supuestos legales de aplicación, ajustándose en sus orígenes en el código judicial a la protección de los entes territoriales, para luego amparar el trabajador vencido en juicio, terminando en la última reforma del año 2007 por salvaguardar las entidades descentralizadas, generando un ámbito de aplicación mucho más amplio.

De la misma manera resultó como efecto del análisis de las características de la consulta, la claridad y procedencia irrestricta respecto de la facultad que tenían los reclamantes de derechos de seguridad social al ampliar los supuestos de aplicación de la norma, no solo a los trabajadores como venía operando en sus orígenes sino a los pensionados o afiliados, quienes ahora quedaban cobijados por la consulta del superior.

Se estableció además que el grado jurisdiccional de consulta es forzoso e imperativo en caso de sentencias adversas a la Nación o a la entidad descentralizada cuando ésta es garante, *contrario sensu* a su aplicación de forma subsidiaria cuando existe una apelación por parte del trabajador que hace que aquella únicamente opere de manera subsidiaria.

Finalmente, el primer capítulo permitió conocer que la firmeza de las decisiones judiciales únicamente es dable en los casos en que se surte el recurso oficioso y hasta tanto este no se dé, no existe posibilidad de ejecución de la misma, por lo que de procederse con esta revisión oficiosa, se vería la sentencia ejecutiva viciada por una pretermisión de la instancia. De ahí que la consulta sea pública, deba ser comunicada al Ministerio del ramo respectivo y se convierta en transicional para el cumplimiento de la decisión.

Sin embargo debe hacerse la salvedad, como adelante se apuntará, que las sentencias emanadas con posterioridad a la reforma objeto de análisis, hasta el momento en que se dictaron las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que ordenaron consultar las providencias, son sentencias que cuentan con firmeza a pesar de no haber sido consultadas, todo por cuanto se consideró que la garantía emanada de la Ley 100 de 1993 no es exigible automáticamente.

9.2 RESULTADOS EN CUANTO AL SEGUNDO OBJETIVO

En cuanto a los hallazgos del segundo capítulo, se pudieron acreditar inicialmente las propiedades sustanciales con que cuenta la garantía, o mejor, aquellas características emanadas de la posición de garante que adopta la Nación con la entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007, en cuanto esa condición de avalista es la que sirve de base para que, según el alto tribunal, se deba proceder con la consulta.

Se estableció pues que se trata de una garantía de tipo personal, condicionada, legal, colectiva, unilateral, con cargo al patrimonio público, futura y legalmente desarrollada por las normas del título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil, esto último deja abierta la posibilidad de que si llegara a operar dicha garantía, se propusieran los beneficios a que todo fiador tiene derecho, en caso de una ejecución forzada de la sentencia.

Como consecuencia de lo anterior, se encontró entonces que como la obligación colateral de la Nación se sustenta en la fianza legal desarrollada en el Código Civil, esto trae una serie de implicaciones sustanciales:

- La fianza no se extiende a más de lo expresamente establecido.
- Se trata de una garantía gratuita en favor de los entes descentralizados.
- Por ser unilateral no establece obligaciones en favor de la entidad garantizada.
- Se encuentra regulada por leyes de carácter supletivo que por no encontrarse desarrollados en la norma que da vida al aval, son de aplicación automática.

- La fianza puede ser condicionada como efectivamente se encuentra dispuesta en la norma que establece la posición de garante de la Nación y que genera una serie de consecuencias de tipo procesal.

Del estudio de las demás características sustanciales se obtuvo como resultado que la consulta, tal y como se encuentra redactada en la Ley 1149 de 2007, es fuente de obligaciones para la Nación bajo unos supuestos normativos que difunde la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Se evidenció también, por el carácter condicionado de la garantía según lo establece el decreto 1071 de 1995, una serie de requisitos para su procedibilidad que derivan en la no exigibilidad de este tipo de aval de manera directa, ni por el reclamante ni por Colpensiones, sino bajo los supuestos establecidos en la norma, lo que explica entre otras cosas, un carácter eventual o futuro de este tipo de afianzamientos.

Dichas características sustanciales por demás tienen incidencia directa en las consecuencias de tipo procesal que en el tercer capítulo se analizaron, toda vez que su condicionalidad reglada, amén de su eventualidad, hacen improcedente su reclamación de manera directa por parte de un demandante por lo que se procederá a analizar los resultados arrojados a esta altura del trabajo de investigación.

Es así como se pudo concluir que la Nación no puede ser vinculada de manera directa por carecer el accionante -en caso de pretender la garantía ofrecida legalmente-, de legitimación en la causa por activa al no establecerse la activación de esta sino bajo los supuestos normativos analizados y consagrados en el Artículo 138 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

9.3 RESULTADOS EN CUANTO AL TERCER OBJETIVO

Se pudo desprender del análisis realizado en el tercer capítulo que la forma de intervención de la Nación como garante de una entidad descentralizada como Colpensiones en un proceso adelantado en su contra, es mediante la figura del

interviniente adhesivo o coadyuvante. Esta figura aporta ciertas características de tipo legal que tienen efectos en su intervención. La primera de ellas es que como coadyuvante no se le extienden los efectos de la sentencia, lo cual ratifica la característica de condicionalidad de la garantía. Para poder intervenir debe además efectuar una solicitud formal, indicando el ánimo de hacer parte del proceso y su legitimación sustancial a la luz del Artículo 71 CGP.

Otro efecto procesal del tipo de intervención analizado sobresale cuando se estudia el Artículo 69 del CPTSS. En el desarrollo del proyecto se afirmó que no procede la consulta en los supuestos de las normas de los decretos reglamentarios, por cuanto la Nación no es parte dentro de la relación obligacional de la seguridad social que une a los afiliados con Colpensiones, sino que por virtud de la garantía condicionada, apenas puede llegar a comparecer en su propio interés, bajo el modelo del interviniente adhesivo denominado también coadyuvante, figura legal que es considerada como un tercero dentro del litigio, no una parte en sentido material propiamente dicha.

De la misma manera se dedujo que al encontrarse la posición de garante supeditada a los imperativos de la mentada Ley 100 de 1993, no se puede hablar de que la garantía opere hasta tanto Colpensiones no haga la petición formal de intervención de la Nación, la cual debe verificar el cumplimiento de sus obligaciones legales de cobro coactivo, para que se dé por cumplida la condición de iliquidez que el decreto reglamentario 1071 de 1995 estipula, por lo que hablar de posición de garante no es posible sin el lleno de esos requisitos legales, precisamente por la condicionalidad, característica de la caución, la consulta tampoco debería proceder cuando se demanda a Colpensiones.

Contrario a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, emana del trabajo de investigación el efecto contraproducente que se materializa en la inconveniencia del grado jurisdiccional de consulta, por atentar en las demandas pensionales contra los derechos fundamentales al mínimo vital y el debido proceso, en vista de que el desarrollo de esa revisión, a cargo del juez de segundo grado, genera el alargamiento de los tiempos procesales, en detrimento

del derecho pensional, que es fundamental y de carácter vital, por la especial calidad de las partes.

También se observó el posible abuso de la figura que dimana del hecho que los apoderados de la entidad pública, al ver en ella la posibilidad de una revisión panorámica de la providencia, sin tener que atacar puntualmente las inconformidades que se pudieran suscitar, implica algún deterioro en la calidad de su propia gestión; a más de lo anterior, este grado jurisdiccional, generado en la posición de garante que la norma le asigna a la Nación frente a entidades descentralizadas, como Colpensiones, termina generando un desequilibrio procesal que por lo demás no se justifica por las siguientes razones: i) Existe la posibilidad legal de intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, según lo dispone el Artículo 610 del CGP ii) El Artículo 16 del CPTSS consagra la posibilidad de intervención del Ministerio Público en defensa de la Nación. Iii) Existe un control directo del litigio por parte del juez de primera instancia, que debe garantizar el equilibrio entre las partes, según el artículo 48 del CPTSS, además del que debería ejercer el apoderado contractual de la entidad demandada.

Este efecto procesal de prolongamiento de los tiempos judiciales se ha visto que genera desmedro en el disfrute de derechos pensionales que han sido debatidos mediante el desarrollo de procedimientos jurisdiccionales que garantizan el derecho de defensa de la entidad estatal, que además cuenta ya, como se expuso, con diversos mecanismos legales de defensa del patrimonio público.

Al establecerse la forma procesal de intervención de la Nación en los procesos en contra de Colpensiones, se teorizó sobre la negativa de poder hacer efectiva la garantía de manera directa por parte del demandante, se insiste, con ocasión de la carencia de legitimación en la causa por activa frente al garante, pudiéndose pues presentar una hipótesis que, como se dijo anteriormente, respalda la firmeza de las sentencias que no fueron consultadas desde la entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007 hasta la orden de autoridad dada por las sentencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral del año 2013.

De esta manera el estudio permitió clarificar el alcance sustancial de la posición de garante de la Nación en las demandas en contra de Colpensiones, exponiendo herramientas legales para atacar su improcedencia en el caso analizado, cuestión nada reprochable para poder contradecir fundadamente y sin lugar a interpretaciones subjetivadas, los argumentos de autoridad obtenidos del análisis de las sentencias de las altas cortes.

El estudio aporta una importante herramienta para la comunidad jurídica, vale decir, litigantes y funcionarios judiciales de la especialidad, que a la fecha aún tienen que lidiar con los tiempos adicionales que genera el grado jurisdiccional de consulta, permitiendo mediante los resultados presentados, exponer argumentos concretos de la inconveniencia constitucional de dicho trámite adicional, lo cual puede ser incoado incluso como amparo de tutela por presentarse un perjuicio, que podría calificarse de irremediable, a los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, acceso a la administración de justicia, debido proceso, entre otros que se pudieran estructurar debido a la calidad especial de los reclamantes de derechos pensionales.

En contraposición a lo anterior, surgieron del estudio herramientas para que los defensores de las entidades públicas pudieran presentar, en otros casos en que la Nación se encuentra en posición de garante, beneficios que concede la ley sustancial al fiador dentro del contrato de fianza, cuya correspondencia subjetiva con la Nación, permite alegar en sede de ejecución, por ejemplo, la excusión de su responsabilidad patrimonial.

Todos los efectos procesales analizados en los resultados de la investigación permitieron generar una posición fundamentada en la inconveniencia del grado jurisdiccional de consulta, la inaplicabilidad de esta por estar supeditada a la posición de garante -que como se evidenció al analizar su estructura sustancial, no se encuentra activada, es decir, está condicionada y no es exigible- y los efectos nocivos iusfundamentales que para la reclamación del derecho tienen en el caso de Colpensiones.

Análogamente, al evidenciarse que la Nación puede intervenir de otras formas en el proceso laboral en contra de Colpensiones para proteger sus intereses económicos, quedando incluso facultada para apelar sentencias contrarias al ente descentralizado, queda apalancada por este motivo la inconveniencia integral del grado jurisdiccional de consulta.

10. CONCLUSIONES

10.1. Se evidencia de los resultados del análisis del primer capítulo una tendencia a la ampliación de los supuestos de aplicación del grado jurisdiccional de consulta en el ordenamiento jurídico aplicable al proceso laboral y de la seguridad social en Colombia.

10.2. El grado jurisdiccional de consulta se establece inicialmente como una institución garantista de los derechos patrimoniales públicos y del trabajador, pero con su tendencia expansiva de los sujetos litigantes en procesos laborales y de seguridad social en Colombia, puede afectar derechos fundamentales que se debaten en este tipo de procedimientos.

10.3. En los casos en que es indiscutible la aplicación del grado jurisdiccional de consulta emerge una obligatoriedad de surtirlo so pena de la nulidad de la sentencia ejecutiva por pretermisión de la instancia.

10.4. A la luz de la norma reglamentaria del art. 138 de la Ley 100 de 1993, si Colpensiones no ha ejercido sus facultades legales de cobro de cotizaciones, jamás podrá invocar la garantía que la Nación le depare.

10.5. La consulta genera una revisión panorámica de la sentencia de primera instancia cuando Colpensiones obtiene una providencia adversa a sus intereses, que en el caso de los trabajadores se da cuando no se apela la sentencia.

10.6. Se pudo evidenciar la poca bibliografía que existe en la literatura nacional e internacional sobre el grado jurisdiccional de consulta, así como la limitada referencia jurisprudencial sobre el particular.

10.7. Del segundo capítulo se concluyó que la entidad garantizada (Colpensiones), con ocasión de las normas que regulan el contrato de fianza, asimilable a la condición de garante que se adjudica por la ley a la Nación, genera unos beneficios sustanciales a esta, que tienen efectos directos en el procedimiento de cobro en contra de la garante, como son, el beneficio de

excusión del art. 2383 del Código Civil, así como el beneficio de división, dispuesto en el art. 2392 ibídem.

10.8. La garantía del Estado es siempre futura y condicionada, por lo que es inaplicable de manera directa sin el cumplimiento de los presupuestos legales establecidos en el decreto 1071 de 1995.

10.9. Las características de la posición de garante del Estado analizadas en el Capítulo II, establecieron una serie de consecuencias que influyen directamente en el proceso por ser normas de contenido sustancial que obran en el desenvolvimiento material de las reclamaciones adelantadas en contra de Colpensiones.

10.10. El encuadramiento legal de la garantía a cargo de la Nación y en favor de Colpensiones, genera unos resultados de tipo supletivo para lo no reglado en la Ley que da origen al aval respecto de la forma en que opera, alcances y efectos de la garantía.

10.11. Hasta el momento no se vislumbra la procedencia de la garantía a cargo de la Nación porque para ello se debe cumplir con lo estipulado en el Decreto 1071 de 1995, que entre otras cosas exige que la entidad realice los cobros coactivos de las deudas que en su favor tiene.

10.12. No se pudo establecer jurisprudencialmente la vinculación de la Nación en ningún proceso adelantado en contra de Colpensiones por la garantía expresada en la Ley 1149 de 2007.

10.13. Se han venido generando consultas laborales desde la orden de autoridad dada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2013 en las sentencias de tutela STL 4126-2013 y STL 4255-2013.

10.14. En atención a lo analizado en el capítulo III se puede concluir que el grado jurisdiccional de consulta, en cuanto es aplicado automáticamente a los fallos de primera instancia contrarios a Colpensiones, afecta derechos fundamentales de carácter procesal de los reclamantes que se encuentran bajo condiciones de

vulnerabilidad, entre estos, el derecho al debido proceso y a una tutela judicial efectiva sin dilaciones injustificadas.

10.15. La Nación no puede ser vinculada de manera directa por el demandante en un proceso en contra de Colpensiones, por reclamaciones pensionales, por cuanto la garantía que presta se encuentra condicionada y no es exigible para el reclamante, sino bajo los supuestos que enumera el decreto 1071 de 1995. Por lo que no existe legitimación en la causa por activa en caso de querer proceder en contra de esta.

10.16. La Nación puede intervenir en los procesos contra Colpensiones, mediante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, así mismo a través de la comparecencia del Ministerio Público, que se erige en coadyuvante de la parte pasiva principal por lo que no se justifica materialmente un ensanchamiento temporal del proceso como el que se produce con la consulta.

10.17. Desde la entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007 hasta las sentencias de tutela STL 4126-2013 y STL 4255-2013 que definieron la procedencia de la consulta a favor de Colpensiones, se produce la firmeza de todas las que a la fecha se habían tramitado, sin poderse hablar de la nulidad de estas por pretermisión de la instancia con ocasión de la improcedencia del recurso para los casos analizados fundamentándose esta afirmación en que la Nación no es garante hasta tanto no se cumpla con los fundamentos sustanciales de la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario.

10.18. Se establece la inconveniencia material de la consulta en virtud de la afectación de los derechos de los afiliados al sistema pensional, en tanto el tiempo del curso procesal se alarga, impidiendo que las sentencias puedan ser cumplidas, o en últimas, ejecutadas, una vez que se ha producido un fallo que estime las pretensiones de aquellos.

10.19. La Nación no puede ser tenida en cuenta como parte principal de un proceso de la seguridad social en contra de Colpensiones, toda vez que su intervención adhesiva es considerada propia del papel de un tercero procesal, a la

luz del art. 71 del CGP., y no de una parte principal, por ende, no le es aplicable la disposición inicial del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que reclama la condición de parte, para que pueda operar el grado jurisdiccional de consulta.

10.20. La consulta puede ser aprovechada por Colpensiones para evitar realizar una defensa activa y técnica de sus asuntos con el fin de obtener una revisión panorámica del juez de segunda instancia.

10.21. Se presenta una intervención procesal sui generis al establecerse la necesidad de que la nación comparezca al proceso como interviniente adhesivo argumentando una posición de garante. Cuando la figura procedente en el C. G. P. según la posición que le impone la Ley es la reglada en el Artículo 64 – Llamamiento en garantía-.

11. RECOMENDACIONES

11.1 Se recomienda a quienes ven amenazados sus derechos fundamentales con ocasión de la tardanza que deviene del grado jurisdiccional de consulta, buscar la interdicción de esa revisión forzosa, mediante el uso del amparo constitucional, esbozando los argumentos aquí analizados de inconveniencia e improcedencia del grado de jurisdicción a favor de Colpensiones.

11.2 En cuanto a los apoderados de la administradora pensional estatal, se recomienda a ellos efectuar una defensa activa y cuidadosa de los intereses que patrocinan, revisando que los argumentos de la jurisdicción sean controvertidos de manera amplia y explícita, a través del ejercicio de los recursos de ley, sin dejar que por virtud del estudiado grado de consulta quede suplida su actividad defensiva.

11.3 Al contarse con las características de la consulta y de la posición de garante de la Nación, se tiene una base de teorización respecto de los efectos sustanciales y sus consecuentes incidencias procesales en la reclamación de los imperativos hipotéticos relativos a la necesidad de intervención de la Nación como avalista de otras entidades; en tal sentido, es dable que este estudio sea fuente de normas que expongan con claridad cuáles serían las condiciones bajo las cuales opera la garantía, no solo a nivel sustantivo, sino, de una vez, imponiendo las modalidades procesales que enmarquen el actuar del estamento garantizador.

11.4 Se evidencia la necesidad de una reorientación en la línea de interpretación judicial que actualmente se aplica en torno al grado jurisdiccional de consulta a favor de entidades descentralizadas, pues su actual formulación atiende a la forma en que está redactada la norma que regula la consulta, que por ser genérica, da lugar a interpretaciones que, siendo válidas, como la que prohíja la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tienden a afectar intereses iusfundamentales de los demandantes en materia pensional; en tal sentido se recomienda que se especifiquen o aclaren los límites a los que se sujetará la revisión oficiosa, con fundamento en los desarrollos reglamentarios

que prohija el decreto 1071 de 1995 y los posteriores sobre la materia. Tales condiciones podrían estar ligadas a cuestiones tales como los eventos en que la garantía pasa de ser genérica a específica, o cuando el aporte económico de la Nación es exigido para el pago de una prestación individualizada en un solicitante, pues la generalización que actualmente es aplicada tiende a diferir, en muchos casos innecesariamente, el goce de derechos pensionales.

12. ÉTICA

El presente trabajo de grado se elabora respetando en todo momento las fuentes consultadas, citándolas de acuerdo a las reglas APA. Además se identificará y citará toda fuente de conocimiento consultada.

Con lo anterior se respeta lo dispuesto en la Ley 23 de 1982 y todas las normas que la adicionan y complementan.

13. ANEXOS

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL		No. 1
1.	DESPACHO	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral
2.	NÚMERO Y FECHA DE SENTENCIA	STL4126-2013 (26/11/2013)
3.	NÚMERO DE PROCESO	34552
4.	TIPO DE SENTENCIA	Sentencia de tutela en primera instancia
5.	MAGISTRADO PONENTE	ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN
6.	MAGISTRADOS QUE SALVAN VOTO	No aplica
7.	MAGISTRADOS QUE ACLARAN VOTO	No aplica
8.	ACTOR	JUDITH ARIZA CABRERA
9.	ACCIONADO	Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
10.	RECUENTO FÁCTICO RELEVANTE	<p>“JUDITH ARIZA demanda la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, los cuales considera quebrantados por el organismo judicial accionado.</p> <p>Dijo que demandó al Instituto de Seguros Sociales para que le reconociera la pensión de vejez, al ser beneficiaria del régimen de transición; el Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla dictó sentencia en la que condenó, por estimar satisfechos los requisitos para el efecto; que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, al resolver el grado jurisdiccional de consulta, el 25 de septiembre de 2013, revocó tal determinación, de la que pidió corrección dado que en ella se hizo “un mal conteo en las semanas cotizadas, por cuanto al hacer la sumatoria de las mismas contabilizó 6992 días, equivalentes a 998,85 semanas, existiendo realmente 7334 días equivalentes a 1047 semanas, con lo cual se debió reconocer el derecho a la pensión”.</p> <p>Explicó que es “una mujer desamparada y no cuento con más recursos y lo único que podría solventar mi situación es la pensión de vejez, negada injustamente por el Tribunal”; que padece quebrantos de salud y requiere con urgencia de la protección constitucional; en esa medida solicitó “ordenar al Tribunal la nulidad de la sentencia de fecha 25 de septiembre de 2013, y en su</p>

		efecto se me reconozca el derecho a la pensión de vejez, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990”.
11.	PROCESOS ANTERIORES	Proceso ordinario laboral que cursó en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, revisado en consulta por la corporación accionada.
12.	PROBLEMA JURÍDICO	“...en tanto son dos los problemas jurídicos a resolver en este escenario, el primero si se quebrantó el debido proceso constitucional al adelantarse el grado jurisdiccional de consulta...” (SOLO SE ABORDA EL PROBLEMA JURÍDICO DE INTERÉS PARA ESTE ANÁLISIS)
13.	FUENTE FORMAL	Ley 1149 de 2007 / Decreto 1071 de 1995 art. 1-2 / Ley 100 de 1993 art. 138 / Decreto 692 de 1994 art. 7 / Decreto 832 de 1996 art. 5-6 / Ley 797 de 2003 art. 2 / Decreto 4970 de 2011 art. 59 / Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social art. 69
14.	SENTIDO DE LA DECISIÓN	Negar la tutela.
15.	RATIO DECIDENDI	“...esta Sala de la Corte por virtud de su función unificadora como máximo Tribunal en materia del derecho al trabajo y de la seguridad social se pronuncia al respecto”... El decreto 1071 de 1995 desarrolla el artículo 138 de la ley 100 de 1993... “en efecto, el Estado es el convocado a garantizar dichas obligaciones, e incluso el 137 del mismo Estatuto de la Seguridad Social refiere que asume el pago de las prestaciones del ISS y de la Caja Nacional de Previsión y de otras cajas o fondos del sector público, sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, con la salvedad de que se “agotasen las reservas constituidas para el efecto y solo por el monto de dicho faltante”...” “De lo expuesto es evidente que las diversas normas plantean que en el marco del régimen de prima media la Nación si (sic) garantiza el pago de las pensiones, de forma que es admisible considerar que se surta la consulta, en la medida en que, en últimas lo que se protege con dicho grado jurisdiccional, es el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado respondería...”
16.	DOCTRINA DEL CASO SALVAMENTO DE VOTO	No aplica.
17.	DOCTRINA DEL CASO ACLARACIÓN DE VOTO	No aplica
18.	COMENTARIOS Y CONCLUSIONES	La sentencia, que inaugura una línea jurisprudencial, analiza las normas que regulan la función de garante que le compete a la Nación en el marco de las obligaciones pensionales adquiridas por el administrador del régimen de prima media; sin embargo, se considera que ese análisis omite explicar que las normas reglamentarias señaladas en el acápite FUENTE FORMAL condicionan esa garantía al cumplimiento de requisitos tales como el oportuno cobro de cotizaciones y la declaratoria de agotamiento de la totalidad de recursos y reservas, para acudir a la garantía. De otra

		<p>parte, no se analiza en la sentencia si la garantía a la que se refiere la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1071 de 1995 es particular para cada caso o si es genérica; finalmente, si bien se alude a que en el Presupuesto General de la Nación para el año 2012 se prevé un rubro de pago pensional, este no está especificado para cubrir los percances a los que se refieren los reglamentos citados, sino al simple fondeo genérico de la masa correspondiente a reservas pensionales, lo que parecería impedir la activación de la garantía que se imputa a la Nación.</p>
--	--	--

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL		No. 2
1.	DESPACHO	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral
2.	NÚMERO Y FECHA DE SENTENCIA	STL4255-2013 (04/12/2013)
3.	NÚMERO DE PROCESO	51237
4.	TIPO DE SENTENCIA	Sentencia de tutela en segunda instancia
5.	MAGISTRADO PONENTE	CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE
6.	MAGISTRADOS QUE SALVAN VOTO	No aplica
7.	MAGISTRADOS QUE ACLARAN VOTO	No aplica
8.	ACTOR	MIGUEL SALINAS CASTILLA
9.	ACCIONADO	Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla
10.	RECUENTO FÁCTICO RELEVANTE	<p>“...el accionante promovió proceso ordinario laboral contra... COLPENSIONES, ante el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla, con el fin de que se ordenara el pago de la pensión de vejez especial por actividades de alto riesgo. El juzgado de conocimiento, mediante sentencia de... 13 de marzo de 2013, condenó a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez especial por actividades de alto riesgo.</p> <p>Asegura el accionante que la sentencia quedó en firme y ante el no cumplimiento por parte de la entidad demandada, inició la ejecución, librándose mandamiento ejecutivo el 3 de mayo de 2013. Señala que el 23 de mayo del presente año, el juzgado accionado ordenó seguir adelante la ejecución, surtido lo anterior se presentó liquidación del crédito, la cual no fue objetada y quedó en firme. Que el 12 de junio de 2013 fue expedido por el juzgado el título ejecutivo N°416010002106307, mediante el cual se hizo entrega de los dineros embargados, quedando pendiente por pagar un saldo... mediante auto de fecha 8 de agosto de 2013 el Juzgado acusado resolvió enviar en el estado en que se encontraba el proceso a consulta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Aduce que contra la anterior decisión presentó recurso de reposición y el juzgado resolvió no reponer el 27 de agosto de 2013.</p> <p>Que la decisión del Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla se lleva a cabo dentro de un proceso ejecutivo cuando la sentencia de primera instancia ya se encontraba debidamente ejecutoriada, poniendo en</p>

		riesgo la seguridad jurídica y la cosa juzgada...”
11.	PROCESOS ANTERIORES	Proceso ordinario laboral que cursó en el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla. Fallo de tutela de primer grado, a cargo de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla (negó la tutela).
12.	PROBLEMA JURÍDICO	¿Se quebrantó el derecho al debido proceso al ordenar el grado jurisdiccional de consulta de un proceso ordinario cuya sentencia, adversa a Colpensiones, y debidamente ejecutoriada, estaba en fase de ejecución?
13.	FUENTE FORMAL	Ley 100 de 1993 art. 32,137 y 138 / Decreto 1071 de 1995 / Ley 797 de 2003 / Acto Legislativo 001 de 2005 / Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social art. 69 / Decreto 4121 de 2011 art. 1,4 par. 1
14.	SENTIDO DE LA DECISIÓN	Confirma fallo de tutela de primera instancia que negó la tutela.
15.	RATIO DECIDENDI	“...en este caso el grado jurisdiccional de consulta operó por ministerio de la ley. Por tanto, la sentencia no cobra ejecutoria hasta tanto se surta el mismo, pues [así] lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007... se advierte que la sentencia se dictó el 13 de marzo de 2013 cuando ya había entrado en vigencia la disposición citada y por tratarse Colpensiones de una entidad descentralizada respecto de la cual la Nación es garante...”. En adelante se reitera el análisis normativo indicado en la sentencia STL4126-2013 orientado a que, por ser la Nación la obligada a garantizar obligaciones del régimen de prima media, debe hacerse operar el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se adiciona que el Decreto 4121 de 2011 que transformó la naturaleza jurídica de Colpensiones, impone que “el Ministerio de Trabajo transferirá directamente a los fondos administrados por Colpensiones los recursos del Presupuesto General de la Nación destinados al pago de las pensiones”, razón por la cual se entiende que la garantía sí opera frente a esa entidad descentralizada; por último, en esta sentencia se manifiesta que se recoge cualquier otro criterio que se haya señalado en contrario en otras ocasiones.
16.	DOCTRINA DEL CASO SALVAMENTO DE VOTO	No aplica.
17.	DOCTRINA DEL CASO ACLARACIÓN DE VOTO	No aplica
18.	COMENTARIOS Y CONCLUSIONES	La sentencia reitera y amplía lo decidido en la sentencia STL4126-2013; especialmente analiza las normas que regulan la función de garante que le compete a la Nación en el marco de las obligaciones pensionales adquiridas por el administrador del régimen de prima media; sin embargo, al igual que en la primera sentencia analizada, se considera que ese análisis omite explicar que las normas reglamentarias señaladas en el acápite FUENTE FORMAL condicionan esa garantía al cumplimiento de requisitos tales como el oportuno cobro de cotizaciones y la declaratoria de agotamiento de la totalidad de recursos y reservas, para acudir a la

	<p>garantía. De otra parte, no se analiza en la sentencia si la garantía a la que se refiere la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1071 de 1995 es particular para cada caso o si es genérica; si bien se alude a que en el Presupuesto General de la Nación para el año 2012 se prevé un rubro de pago pensional, este no está especificado para cubrir los percances a los que se refieren los reglamentos citados, sino al simple fondeo genérico de la masa correspondiente a reservas pensionales, lo que parecería impedir la activación de la garantía que se imputa a la Nación. La ampliación del análisis al Decreto 4121 de 2011 no resulta convincente, pues el fondeo de recursos del Ministerio del Trabajo a la Nación no se hace por ser esta última garante del administrador pensional, sino por la obligación que le compete al Estado de pagar algunas pensiones que quedaron a su cargo desde regímenes anteriores, vale decir, solo se está cumpliendo con una obligación frente a cierto grupo de servidores, cuyas pensiones las paga directamente el Estado, pero que por ministerio de estas normas se subroga en Colpensiones para el cumplimiento de tales cargas.</p>
--	--

14. BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, M. E., Ferrer, F. A. M., Piña, R. G., Rosatti, H. (2012). Diccionario Jurídico. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

Bejarano, R. (Eds). (2012). Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil. Cuadro comparativo. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

Botero Zuluaga, Gerardo. (2013). Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social. Bogotá, D.C.: Ibáñez.

Busto Lago, José Manuel. (2013) Tratado de contratos. Tomo IV, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Valencia: Tirant Lo Blanch

Caguasango, Dolly Amparo. (2009) El nuevo proceso laboral: el principio de oralidad y reformulación de las prácticas procesales. Bogotá, D.C.: Jurídicas Andrés Morales.

Canosa Suárez, Ulises. (1995). Recursos ordinarios, apelación en el proceso civil. Instituto Colombiano de Derecho Procesal Sitio web: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/237>. Consultado el 24 de julio de 2016.

Canosa Suárez, Ulises. (2014). Partes, terceros y apoderados. En H. Cruz Tejada, El Proceso Civil a partir del Código General del Proceso (1st ed., pp. 109-121). Bogotá: Universidad de los Andes.

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Decreto-Ley 2158 (24 de junio de 1948). Artículo 69.

Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 2002. Expedientes T-353782 y T-364550 acumulados. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D.C., 9 de mayo de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-968 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., 21 de octubre de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-980 de 2003. Expedientes T-504529 y T-568189 acumulados. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D.C. 23 de octubre de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-1029 de 2012. Expediente T-3511909. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C. 29 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia radicación No. 17222, M. P. José Roberto Herrera Vergara. Bogotá, D.C., 5 de diciembre de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia radicación No. 25946, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Bogotá, D.C., 14 de junio de 2006.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia radicación No. 29241, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Bogotá D. C., 10 de agosto de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 471-2013, Radicación n° 40049, M. P. Rigoberto Echeverry Bueno. Bogotá, D.C. 24 de julio de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia STL 4126-2013 Radicación n° 34552, M. P. Elsy del Pilar Cuello Calderón. Bogotá, D.C. 26 de noviembre de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia STL 4255-2013 Radicación n° 51237, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Bogotá, D.C. 4 de diciembre de 2013.

Cruz, H., Naizir, J. (2006) El Código de Procedimiento Civil a la Luz de la Constitución Política, jurisprudencia constitucional analizada y comentada. Bogotá, D.C. Universidad Externado de Colombia. 2006.

Código General del Proceso.
<http://www.lexbasecolombia.net/lexbase/normas/leyes/2012/L1564de2012.htm>
Consultado el 19 de febrero de 2014 a las 17:04.

Devis Echandía, H. (2012). Compendio de derecho procesal. Bogotá: Temis.

Hinestrosa, Fernando. (2002). Tratado de las obligaciones. Bogotá: Universidad Externado.

Isaza Cadavid, G. (2011). Derecho Laboral Aplicado. Bogotá, D.C. Leyer. 2011

Jiménez Díaz, E. y otro (2007). Ley de oralidad: Reforma al Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Comentarios a la Ley 1149 de 2007. Bogotá, D.C. Legis.

Jiménez Salazar, A. (2013). En: Derecho procesal del trabajo y de la seguridad social. Compendio teórico práctico. Bogotá, D.C. Legis.

López Villegas, E. (2009) En: Oralidad y proceso. Una perspectiva desde Iberoamérica. Medellín. Sello Editorial Universidad de Medellín. 2010.

Monroy Cabra, M. (2015). Introducción al derecho. Bogotá, D.C. Temis.

Montoya Pérez, Guillermo. (2015). Contratos de Derecho Privado. Medellín: Universidad de Medellín.

Obando Garrido, J. (2003). Derecho procesal laboral. Bogotá, D.C. Doctrina y Ley. 2003.

Ortega Torres, J. (1959). Código sustantivo del trabajo y Código procesal del Trabajo. Bogotá, D.C. Temis.

Osorio Rincón, L. (2014). Manual de Derecho Procesal Civil. Bogotá, D.C. Leyer.

Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo. (2015). Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá, D.C. Temis.

Páez Rivera, Carlos Arturo. (1986). Intervención principal de los terceros. 23/07/2016, de Instituto Colombiano de Derecho Procesal Sitio web: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/4/IntervencionPrincipalDeLosTerceros.pdf>

Parra Quijano, J. (2006). Los terceros en el proceso civil. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

Peña, E. (2007). Teoría general del proceso. Bogotá, D.C. Ecoe Ediciones. 2011

Perdomo Torres, J. F. (2003). El estado como garante. Algunas consideraciones a propósito de la sentencia SU-1184 de 2001, Corte Constitucional de Colombia. En: Anuario de Derecho Constitucional: Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional (245). Bogotá: Externado de Colombia.

Pérez Vives, Álvaro. (1999). Garantías Civiles. Bogotá: Temis.

Piedrahita, C. (2012). Código general del proceso y proceso laboral en Colombia. En: Temas Procesales, 28. 169-186. Medellín, 2012.

Rodríguez, Libardo. (1981). Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá, D.C.: Temis.

Sanabria, H. (2004). Nulidades en el Proceso Civil. Bogotá, D.C. Universidad Externado de Colombia.

Silva Romero, M. (coordinador) y otros (2014). Módulo sobre oralidad en los procesos laborales y de la seguridad social. Bogotá, D.C. Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Tamayo Lombana. (2004). Las principales garantías del crédito. Bogotá, D.C.: Doctrina y ley.

Torregrosa Sánchez, Augusto Enrique. (2013). Vademécum de Jurisprudencia. Bogotá: Ibáñez.

Tribunal Supremo del Trabajo. Sentencia del 21 de noviembre de 1952, M. P. Juan Benavides Patrón. Bogotá, D. C.

Vallejo Cabrera, F. (2011) La oralidad laboral: Teoría - práctica y jurisprudencia: Derecho procesal del trabajo y de la seguridad social. Bogotá, D.C.: Jurídica Sánchez R.

Villegas, Carlos Gilberto. (2007) Las garantías del crédito. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Velásquez, Luis Guillermo. (2014). Bienes. Bogotá, D.C.: Temis.

Yong Serrand, Samuel. (2011). Derechos Fundamentales y responsabilidad patrimonial. En Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico (579). Bogotá, D.C.: Ibáñez.