

LUIS GERMÁN CUARTAS CARRASCO
ABOGADO

Envigado, 10 de agosto de 2020

Señores
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Bogotá D.C.

Referencia : Acción de tutela contra providencia judicial
Accionante : Sociedad Finca Cibeles S.A.
Accionado : Sala de Casación Laboral – Corte Suprema de Justicia

Luis Germán Cuartas Carrasco, mayor y vecino de Envigado - Antioquia, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.575.612 de Medellín, abogado en ejercicio, con tarjeta profesional número 44.708 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado de la sociedad Finca Cibeles S.A., según consta en el poder que anexo a la presente, me permite interponer Acción de Tutela por vía de hecho en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual fundamento en los siguientes:

1- ANTECEDENTES

1.1. A partir del 1º de agosto de 1986 el Instituto de Seguros Sociales llamó a inscripción obligatoria a los empleadores de los municipios de Chigorodó, Apartadó y Turbo. Por tanto, con anterioridad a esta fecha, los empleadores no realizaban aportes a pensión de sus trabajadores, toda vez que no estaban obligados a hacerlo.

1.2. Durante la década de los años 80's y 90's la zona de Urabá atravesó por una difícil situación de orden público protagonizada por organizaciones subversivas que permearon los sindicatos existentes en la región y que agrupaban los trabajadores del gremio bananero, quienes impidieron la afiliación de los trabajadores al Seguro Social y ordenaron a sus afiliados abstenerse de diligenciar los formularios y de aportar los documentos de identificación para realizar la afiliación al ISS, situación que solo se superó a partir de la firma del Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de 1993, suscrita entre empleadores y representantes del sindicato Sintrainagro. En el primer punto del acta se dijo:

“Dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la firma de los acuerdos convencionales que resulten de las presentes negociaciones, los trabajadores deberán presentar todos los documentos necesarios para su afiliación al I.S.S. La no entrega de los documentos necesarios para realizar la afiliación al Instituto, o la renuencia del trabajador a firmar el registro de inscripción a esta Institución, liberan al Empleador de la prestación del servicio de salud (...).”

1.3. La normatividad existente en materia pensional en el sector privado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era la siguiente:

Ley 90 de 1946, *Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.*

ARTÍCULO 47. *El asegurado tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de vejez, no inferior a quince pesos (\$15.), sin necesidad de demostrar invalidez, cuando reúna los requisitos de edad y cotizaciones previas que el Instituto determine.*

ARTÍCULO 50. *La cuota del patrono y la del asegurado en las cotizaciones del seguro de invalidez - vejez, serán iguales. La del Estado se regirá por la norma del artículo 16. El*

Instituto proporcionará servicios preventivos y curativos a los asegurados con el fin de evitar o corregir un estado de invalidez y procurará la recuperación o reeducación de los inválidos pensionados.

ARTICULO 72. *Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.*

Código Sustantivo del Trabajo:

ARTICULO 259. REGLA GENERAL.

1. *Los {empleadores} o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.*

2. *Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los {empleadores} cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.*

ARTICULO 260. DERECHO A LA PENSIÓN.

1. *Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.*

2. *El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.*

Acuerdo 044 de 1989 del ISS, aprobado por el Decreto 3063 de 1989.

ARTÍCULO 70

«...el patrono que no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derechohabientes, las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar...»

Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

ARTÍCULO 41

«...cuando un patrono no afilie a un trabajador deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS en el caso de que lo hubiere afiliado.»

Como se puede observar, antes de la Ley 100 de 1993 contribuían al sistema pensional ante el ISS el empleador y el trabajador, además del Estado.

1.4. El 23 de diciembre de 1993 entró a regir la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral. En el artículo 33 de dicha ley se contemplaron los requisitos para acceder a la pensión de vejez, estipulándose la edad que se requiere, el tiempo cotizado y la forma como se computa dicho tiempo. La norma dispone:

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

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO. 1º. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1887 de 1994. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

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

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

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley; (Negrillas y subrayas propias).

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

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

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

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

(...)

En este sentido, la Ley 100 de 1993 no reguló qué es el título pensional, qué lo compone, quién lo paga, cómo se calcula, cómo se actualiza, es decir, no lo reguló.

1.5. Ante el vacío en la regulación del título pensional, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1887 de 1994 que dispone:

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

Artículo 2º. Valor de la reserva actuarial. El valor correspondiente a la reserva actuarial que de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior debe trasladarse al Instituto de Seguros Sociales, será equivalente al valor que se hubiere debido acumular durante el periodo que el trabajador estuvo prestando servicios al empleador hasta el 31 de marzo de 1994, para que a este ritmo hubiera completado a los 62 años de edad si es hombre o 57 años si es mujer, el capital necesario para financiar una pensión de vejez y de sobrevivientes por un monto igual a la pensión de vejez de referencia del trabajador de que trata el artículo siguiente.

En todo caso el traslado del valor de la reserva actuarial se entenderá sin perjuicio de las reservas que el empleador deberá mantener para el pago de las obligaciones pensionales a su cargo en relación con los trabajadores que se encuentren en el régimen de transición y frente a aquellas obligaciones pensionales derivadas de pacto o convención colectiva de trabajo.

Artículo 7º. Interés del título pensional. El título pensional devengará a cargo del empleador un interés equivalente al DTF Pensional, desde la fecha de su expedición hasta la fecha de su redención. Para estos efectos, el DTF Pensional se define como la tasa de interés efectiva anual, de conformidad con correspondiente al interés compuesto de la inflación representada por el IPC, adicionado en tres punto porcentuales anuales efectivos.

Dichos intereses se capitalizarán al final de cada ejercicio anual calendario, con la tasa de interés equivalente al DTF Pensional del respectivo año. Si al momento de capitalizar los intereses correspondientes al primer ejercicio, el período transcurrido desde la expedición es inferior a un año, la tasa de interés equivalente al DTF Pensional se aplicará por el período correspondiente. (Negrillas y subrayas propias).

En el último año de vigencia del título, se aplicará la tasa de interés equivalente al DTF Pensional que rija en ese año, durante el tiempo transcurrido entre el primer día de dicho ejercicio y la fecha de redención del bono.

El DTF Pensional se calculará de conformidad con la siguiente fórmula:

$$DTF\text{ Pensional} = (1+inft/100) \times (1+0.03)$$

Donde

INFt= Variación anual del Indice de Precios al Consumidor calculado por el DANE correspondiente al año calendario inmediatamente anterior.

En caso de incumplimiento del pago del título pensional se pagará un interés moratorio equivalente al doble del previsto en el presente artículo, sin exceder el límite establecido en la legislación comercial. (Negrillas y subrayas propias).

1.6. El Decreto 1887 de 1994 contiene varios vicios que lo hacen contrario a la Constitución y a la ley, a saber:

- A través de este decreto el Ejecutivo entró a regular derechos de la seguridad social que por expresa disposición del artículo 48 de la Constitución Política tienen reserva legal.
- Mediante este decreto se crearon obligaciones a cargo del empleador que no existían en la legislación anterior que regulaban la materia, expedida en vigencia de la Constitución de 1886, lo que implicó una derogación tácita de las mismas.
- Las obligaciones creadas en este decreto se están aplicando de manera retroactiva.
- Con la expedición de este decreto en esencia se está regulando un aporte parafiscal, lo cual es competencia exclusiva del Congreso de la República tal como lo establece el artículo 150-12 de la Constitución Política.
- La fórmula de capitalización de intereses del título pensional que consagra el Decreto 1887 está prohibida por el ordenamiento jurídico, es inequitativa y atenta contra la preservación del orden social justo.
- Este decreto estableció el pago de la reserva actuarial a cargo exclusivo del empleador, liberando al trabajador y al Estado de la obligación de aportar al sistema que según la

normatividad existente antes de la expedición del Decreto 1887 estaba también en cabeza de ellos.

- Este decreto carece por completo de motivación, lo cual desconoce directamente el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo que era la norma que regía para el momento de su expedición.

1.7. Ante la Corte Constitucional se demandó la norma contenida en el literal *c*) del parágrafo 1º de la Ley 100 de 1993, concretamente lo demandado fue lo siguiente:

ARTÍCULO 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez.

(...)

PARÁGRAFO. 1º.

(...)

c. El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

La Corte, mediante sentencia C-506 de 2001¹ declaró la exequibilidad de la norma demandada con fundamento, principalmente, en lo siguiente:

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

(...)

Para los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, antes de la ley 100 se consagraba, entonces, una simple expectativa de su derecho a pensión que solo se concretaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos respectivos (artículo 260 del Código del Trabajo y ley 6 de 1945 y 65 de 1946).

(...)

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

Crear en cabeza del empleador una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 y 58 C.P.)

(...)

Los fines que persigue el sistema de seguridad social, y que son claramente loables desde el punto de vista constitucional, y que establecen cargas tanto al Estado como a los particulares, no se pueden alcanzar sino con el estricto respecto de los principios del Estado de Derecho, dentro de los cuales se encuentra el de la irretroactividad de la ley en el tiempo.

Es por ello que no resultaría aceptable que la nueva ley pudiera afectar situaciones jurídicas consolidadas antes de su vigencia, por lo que tuvo razón el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en materia de seguridad social (arts 48 y 53 C.P.) al encaminar

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-506 del 16 de mayo de 2001. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

sus esfuerzos para hacer efectivo el principio de universalidad de la seguridad social, limitándolo a los vínculos laborales existentes o a los que pudieran crearse después de la entrada en vigencia de la norma atacada. (Negrillas y subrayas propias).

En consecuencia la Corte declarará la exequibilidad del literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

De esta manera, en la parte resolutiva de la providencia se dijo:

Primero. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley”, contenida en el literal c) del parágrafo 1º, del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

Esta misma norma fue nuevamente demandada, lo cual llevó a que la Corte Constitucional se pronunciara mediante sentencia C-1024 de 2004², absteniéndose de dictar un nuevo pronunciamiento, ya que había operado el efecto de cosa juzgada material, pero adicional, recalcó que la norma demandada era conforme a la Constitución. Dijo la Corte:

A juicio de esta Corporación, la disposición acusada resulta acorde a la Carta Fundamental, entre otras, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, no gozaban de un derecho adquirido sobre dicha pensión, sino de una simple expectativa, hasta tanto se constatará el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en las leyes vigentes (artículo 260 del Código del Trabajo y Ley 6 de 1945 y 65 de 1946).

En segundo término, y en estrecha relación con lo expuesto, porque de haberse aplicado la Ley de 1993 a los trabajadores con vínculos laborales no vigentes al momento de su entrada en vigencia, hubiese necesariamente implicado para los empleadores la imposición de una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida, contrariando el principio de seguridad jurídica, postulado básico del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1º y 58).

1.8. A pesar de lo anterior, tanto la propia Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, en distintas providencias, han optado por inaplicar el literal c) del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y señalar que los empleadores están obligados a pagar, para la Corte Constitucional (consultar Sentencia T-760 de 2014) el valor de las cotizaciones dejadas de realizar, debidamente indexados; y para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, condena a pagar el cálculo actuarial a través de un título pensional correspondiente al tiempo de servicio, aun cuando el trabajador no tuviera vínculo laboral vigente al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cálculo actuarial que debe pagarse con base en lo que dispone el Decreto 1887 de 1994.

1.9. El señor José Marcial Murillo trabajó para la sociedad Finca Cibeles S.A. desde el 26 de mayo de 1986 al 27 de enero de 1992. En el año 2012 interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la referida sociedad y de Restrepo Echeverry y CIA Ltda., a través de la cual solicitó la liquidación del cálculo actuarial y la emisión y pago del título pensional por los periodos comprendidos del 26 de mayo 1986 al 27 de enero de 1992 para la primera, y desde el 17 de febrero de 1994 hasta el 15 de abril de 1994 para la segunda, lapso en el cual prestó sus servicios a las demandadas sin que estas realizaran las cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Asimismo, solicitó al el ISS que efectuara las liquidaciones y el cobro de los cálculos actariales y el del título pensional, y le conceda de esta manera la pensión de vejez a partir del 30 de junio de 2010, cancelando los intereses moratorios de las mesadas dejadas de percibir; la indexación de dichas condenas y finalmente solicitó la condena en costas para los demandados.

² Corte Constitucional. Sentencia C-1024 del 20 de octubre de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

1.10. La sociedad Finca Cibeles S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que solo hasta el 1° de agosto de 1986 el Instituto de Seguros Sociales -ISS- llamó a inscripción obligatoria a la región de Urabá. Que solo hasta el año de 1993 los empresarios bananeros pudieron realizar la afiliación de sus trabajadores ya que las organizaciones sindicales Sintragro, Sintrajornaleros y Sintrabanano impidieron la afiliación de los trabajadores del gremio a dicho Instituto. Que aunado a lo anterior, las organizaciones armadas al margen de la ley prohibieron a las empresas, bajo amenazas, que cumplieran con la afiliación. Que en su caso particular, los trabajadores de sus fincas firmaron sendos documentos negándose a ser afiliados al ISS. Que además, la sociedad Finca Cibeles S.A. no solicitó al ISS la elaboración del cálculo actuarial por considerar que no estaba obligada a cumplir con esta obligación, de conformidad con lo establecido en el literal *c)* del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, declarado exequible por la Corte Constitucional, por no tener el demandante contrato laboral vigente con esta sociedad al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social.

En ese sentido, formuló como excepciones la de imposibilidad absoluta y/o fuerza mayor del empleador para cumplir la obligación de afiliación y cotización al seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, buena fe del empleador y prescripción.

1.11. Mediante sentencia del 8 de junio de 2013, el juzgado Único Laboral de Apartadó accedió a las pretensiones de la demanda, declarando que la sociedad Finca Cibeles S.A. debía reconocer y pagar al ISS la suma que resulte del cálculo actuarial o constituir el título pensional por el periodo correspondiente del 26 de mayo de 1986 hasta el 27 de enero de 1992 laborados por el señor José Marcial Murillo sin que dicha sociedad haya realizado las correspondientes cotizaciones, estableciendo que la suma de dinero del cálculo actuarial debía ser pagada a satisfacción del ISS dentro de los dos meses siguientes a la liquidación del título pensional que debía hacer el ISS.

De igual manera, declaró que la sociedad Restrepo Echeverry y CIA Ltda. debía reconocer y pagar al ISS la suma resultante del cálculo actuarial o constituir el título pensional por el periodo entre el 17 de febrero de 1992 hasta el 15 de abril de 1994 laborado por el demandante a su servicio, pago que debía hacer en las mismas condiciones de la accionada Finca Cibeles S.A.

Reconoció, además, que el demandante era beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, ordenó al ISS reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez en cuantía no inferior al salario mínimo. Además, condenó al ISS a indexar las mesadas que se causen hasta la fecha en que se efectúe el pago del retroactivo pensional a que tuviere derecho, teniendo en cuenta la fórmula que ha utilizado la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Finalmente condenó en costas a las sociedades demandadas.

Contra esta decisión, el demandante y las sociedades Finca Cibeles S.A. y Restrepo y Echeverry y CIA Ltda., interpusieron recurso de apelación.

1.12. Del recurso de apelación conoció el Tribunal Superior de Antioquia, quien mediante sentencia del 28 de agosto de 2013 confirmó el fallo recurrido. Resaltó que por causa del conflicto social que se vivió en la zona de Urabá, la afiliación oportuna de los trabajadores de las fincas bananeras a los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el lapso comprendido entre 1986 y 1993-1994 había sido compleja; que tal causa no imputable al empleador impidió que se subrogaran a las obligaciones relacionadas con el sistema de seguridad social de que tratan los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo de Trabajo y que para el caso concreto, la afiliación del actor solo se pudo concretar a partir del 15 de abril de 1994.

Sostuvo además que si bien las accionadas tuvieron *causas de fuerza mayor* que les imposibilitó afiliar en su momento a sus trabajadores, lo cierto era que el tiempo en el cual el demandante prestó servicios para las mismas no podía ser desconocido de tal forma que sea impedimento para acceder a la pensión de vejez.

Reiteró que aún existiendo el impedimento o la fuerza mayor para la afiliación de sus trabajadores, el empleador no se libraba de la obligación de hacer los aportes

correspondientes, los cuales pudo haber hecho de manera retroactiva; que no desconoce los hechos de violencia presentados en Urabá, sin embargo, no podía esta situación estar por encima del derecho fundamental del trabajador de acceder a una pensión de vejez. Indicó que de proceder el pago del título pensional ello no implicaba *obligar a la empresa a lo imposible*, en tanto era obligación como empleador el reconocer la pensión si esta continuaba a su cargo, o la de contribuir con su pago a la entidad de seguridad social que la asumiera.

Agregó, además, que el literal *c*) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagró que para el cómputo de las 1.000 semanas requeridas para acceder a la pensión se tendría en cuenta el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tuvieran a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, *siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley*, y que más adelante la norma agregó que *el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador traslade, con base en el cálculo actuaria, la suma correspondiente del trabajador que se afilie a satisfacción de la entidad administradora, cuya regulación se encuentra en el Decreto 1887 de 1994*.

Sostuvo que en el caso concreto la situación del actor se ajustaba a los literales *c*) y *d*) del artículo 33, ya que a la vigencia de la Ley 100 este se encontraba vinculado con un empleador privado, esto es, la sociedad Restrepo Echeverry y CIA Ltda., y antes de la vigencia del sistema general de pensiones la empresa tenía a su cargo el reconocimiento y pago de las prestaciones asumidas por el ISS; que aunado a lo anterior, también tuvo vínculo con la Finca Cibeles S.A., la cual omitió su deber de afiliación al régimen de pensiones, sin importar que la relación no estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993 cuando entró a regir la Ley 100, razón por la cual a la parte accionante le asistía el derecho a que le fuese emitido un *título pensional* por el tiempo de servicios no cotizados por sus empleadores.

Consideró, además, que en tratándose de la Finca Cibeles S.A., no era necesario la existencia del vínculo laboral al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya que la Ley 797 de 2003 y el inciso 6° del artículo 17 del Decreto 3798 del 26 de diciembre de 2003, le concedía el derecho al trabajador, de cara al no cumplimiento del empleador en su obligación de afiliación o cotización a pensión.

En consecuencia, el Tribunal confirmó el fallo recurrido.

1.13. Esta decisión fue objeto de recurso extraordinario de casación por parte del apoderado de la sociedad Finca Cibeles S.A. Como sustento del recurso adujo que el demandante estuvo vinculado mediante contrato de trabajo con la sociedad que representa entre el 26 de mayo de 1986 y el 27 de enero de 1992; que le prestó sus servicios en una zona del Urabá antioqueño a la que el ISS llamó a inscripción obligatoria a los riesgos de invalidez, vejez y muerte el 1° de agosto de 1986, y que la Finca Cibeles S.A. no pudo afiliar oportunamente al actor por una fuerza mayor que duró hasta los años 1993 y 1994. Señaló que a pesar de que el Tribunal Superior de Antioquia aceptó que este hecho constituía una fuerza mayor por parte del empleador, no le dio los efectos propios de la misma como eximiente de responsabilidad, puesto que de todos modos le impuso a la sociedad la obligación de entregar una reserva actuarial.

De igual manera argumentó que cuando el empleador no tiene a su cargo el reconocimiento y pago de ninguna pensión, ni cuando la vinculación laboral no estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993, como ocurre en este caso, no existía esa obligación de reconocerle y pagarle al demandante una pensión, amparado en el literal *c*) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

1.14. Mediante sentencia del 12 de febrero de 2020, la Corte Suprema de Justicia resolvió desfavorablemente el recurso de casación, para lo cual se basó en lo siguiente:

Tanto en el primero como en el segundo cargo, el recurrente acude a invocar la “fuerza mayor” como eximiente de responsabilidad de la empresa, respecto de la obligación pensional consistente en no reconocer los tiempos trabajados por el actor a su servicio y que se acumulan

para acreditar el cumplimiento de los años de servicio o semanas de cotización para acceder al beneficio prestacional de la pensión de jubilación o de vejez.

Sin embargo, el análisis que plantea la sensura resulta equivocado, al pretender extender figuras propias del derecho privado, a obligaciones de la seguridad social que tienen otra clara naturaleza jurídica y que no pueden ser comparadas o someterse a las reglas tradicionales de derecho civil sobre eximentes de responsabilidad, por la dimensión superior y especial que involucra las que gobiernan la seguridad social y los principios que la iluminan, tales como la dignidad humana, la solidaridad, la seguridad y protección social y que propendan por la protección del trabajador y del individuo.

Como sustento de sus afirmaciones, transcribió lo dicho por esa misma corporación en la sentencia CSJ SL del 21 de noviembre de 2017, dentro del proceso con radicado 43740, en la que se dijo, entre otros aspectos, lo siguiente:

En torno a este tópico, a partir de sentencias como la CSJ SL, 27 en. 2009, rad. 32179, reiterada en la CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398; CSJ SL464-2013 y CSJ SL16715-2014, esta Sala de la Corte ha definido que las normas llamadas a definir los efectos de la “falta de afiliación” o de la “mora” en el pago de los aportes al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados. Ello a diferencia de los procedimientos de cobro de aportes en mora e imputación de pago a cargo de las entidades de seguridad social, que, por su naturaleza, sí deben regirse por las normas vigentes al tiempo de la omisión.

Ha dicho la Sala, en ese sentido, que “...las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera”.

(...)

Como conclusión, para la fecha de la muerte del trabajador, la consecuencia jurídica de la falta de afiliación al régimen de seguros sociales obligatorios era que el empleador debía otorgar las mismas prestaciones que hubiera reconocido el Instituto de Seguros Sociales, si se hubiera reportado válida y oportunamente la inscripción, entre ellas la pensión de sobrevivientes pedida en el proceso y no las pensiones definidas en el Código Sustantivo del Trabajo como lo dedujo erróneamente el Tribunal.

La anterior conclusión no se desdibuja por el hecho de que, como lo adujo la sociedad demandada y lo aceptó el Tribunal, el empleador hubiera incumplido la afiliación por causas ajenas a su voluntad o que hubiera mediado una fuerza mayor, por la oposición violenta de algunas organizaciones sindicales.

En efecto, aunque pudiera admitirse que el empleador no tuvo culpa alguna en el incumplimiento de la afiliación, lo cierto es que, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala, los deberes y responsabilidades derivados del sistema de seguridad social tienen una especial naturaleza jurídica, encaminada a la protección del trabajo y del individuo, de manera que la obligación del empleador de asumir el pago de las prestaciones, en estos especiales eventos de falta de afiliación, no deben tenderse derivada del tradicional concepto de responsabilidad por culpa o negligencia, sino de los efectos del trabajo humano y la irrenunciabilidad de los beneficios derivados del mismo.

(...)

Para hacer frente a lo anterior, cabe señalar que las situaciones de fuerza mayor, las provenientes de autoridad (ej. no cobertura geográfica por desición administrativa) o sobre las cuales el empleador no puede incidir o determinar su destino, y que de una u otra forma frustran o imposibilitan la afiliación al seguro social obligatorio, no generan la pérdida de las semanas laboradas para efectos pensionales (subrayas del texto original).

En primer lugar, porque la obligación de asumir las pensiones o de contribuir a su financiación, no puede abordarse desde una perspectiva sancionatoria o punitiva. Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al trabajador un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en su desgaste físico natural.

Quiere decir lo anterior que el simple trabajo, desplegado a favor de un empleador, debe tener efectos pensionales. No puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, pues, se insiste, son un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable. En tal sentido, la Sala ha defendido la tesis de que “la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado”. (Subrayas del texto original). (...)

1.15. La sociedad que represento se ha ido transformando con el transcurso del tiempo. Los accionistas de hoy son diferentes a los de la época en que se causó el pasivo pensional que hoy nos convoca (pasivo pensional que, para esa época, con base en la Constitución, la Ley y la misma Jurisprudencia de ese entonces, no existía), quienes al adquirir la sociedad nunca contemplaron que más de veinte años después tendrían que asumir el costo de esos pasivos convertidos en una deuda impagable, viéndose asaltados de esta manera en su buena fe, la cual según el artículo 83 de la Constitución debe regir las relaciones entre particulares y de estos con las autoridades públicas.

2 – CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS

La Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales como un mecanismo idóneo y eficaz para analizar desde el punto de vista constitucional las decisiones judiciales que afecten derechos fundamentales. En tal sentido, la Corte mediante sentencia de fecha 18 de julio de 2017³ expuso:

*“La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales surge de la necesidad de encontrar un equilibrio razonable entre la función constitucional de proteger los derechos fundamentales de las personas y el respeto por la autonomía judicial y la seguridad jurídica esenciales en un Estado de derecho. En este sentido, **la Corte Constitucional ha sostenido que esta acción procede cuando el funcionario judicial viola de forma flagrante y grosera la Constitución y se cumplen los requisitos generales y especiales de procedibilidad.**”*(Negritas y subrayas propias).

Como puede observarse, a fin de determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales debe acreditarse ante el Juez Constitucional la existencia de ciertos requisitos de procedibilidad. Sobre el particular, ha dicho la Corte Constitucional mediante sentencia T-269/18⁴ lo siguiente:

“13. Cuando la acción de tutela se interpone contra una autoridad judicial, con el fin de cuestionar una providencia proferida en ejercicio de su función de administrar justicia, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario acreditar los siguientes requisitos:

(i) Que el caso tenga relevancia constitucional, esto es, que involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, es decir, que al interior del proceso se hubiesen agotado todos los medios de defensa judiciales al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, esto es, que la tutela se hubiese interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la presunta vulneración; (iv) que se trate de una irregularidad procesal con un efecto decisivo en la providencia que se impugna; (v) que el tutelante identifique, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración y los

³ Sentencia T-459/17 de fecha 18 de julio de 2017. Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-269 del 11 de julio de 2018. M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido.

derechos vulnerados, así como, de haber sido posible, la etapa en que fueron alegados en el proceso ordinario y, finalmente, (vi) que la decisión judicial que se cuestione no sea de tutela.”

Adicionalmente, debe demostrarse que la providencia judicial presenta alguno de los supuestos específicos de procedencia para ser accionada por vía de tutela. Esto ha sido ratificado por la Corte Constitucional en sentencia SU-659 del 22 de octubre de 2015, Magistrado ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, sostuvo:

“3.3 Causales específicas de procedencia de la acción de tutela”

Cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, con el fin de preservar la seguridad jurídica y respetar la independencia de los funcionarios que administran justicia, además de establecer la procedibilidad de la acción de tutela conforme a los presupuestos antes indicados, es necesario examinar si la decisión judicial cuestionada está afectada por alguna de las causales específicas de procedencia:

- a- *Defecto orgánico* por carencia absoluta de competencia del funcionario judicial que dicta la providencia judicial;
- b- *Defecto sustantivo*, se presenta cuando se: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, (iii) se desconoce la parte resolutiva de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad.
- c- *Defecto procedural*, cuando el funcionario judicial en el trámite de la actuación judicial desconoce la ritualidad previamente establecida para el efecto;
- d- *Defecto fáctico*, que se presenta cuando el funcionario judicial carece del apoyo probatorio necesario “para aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Supone fallas sustanciales en la decisión atribuibles a deficiencias probatorias del proceso;
- e- *Error inducido*, que se configura cuando la decisión judicial adoptada resulta equivocada y causa un daño iusfundamental como consecuencia del engaño u ocultamiento al funcionario judicial de elementos esenciales para adoptar la decisión, o por fallas estructurales de la Administración de Justicia por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público. Anteriormente denominado vía de hecho por consecuencia;
- f- *Decisión sin motivación*, es decir, cuando las determinaciones adoptadas en la parte resolutiva de la providencia y mediante las cuales se resuelve de fondo el asunto no encuentran en la parte motiva el fundamento o ratio decidendi, que permita a los destinatarios de las mismas ejercer un control sobre la razón de dichas decisiones y eventualmente controvertirlas;
- g- *Desconocimiento del precedente constitucional*, que se configura por ejemplo cuando la Corte Constitucional ha establecido el alcance de un derecho fundamental, y éste es ignorado por el juez al dictar una decisión judicial en contra de ese contenido y alcance fijado en el precedente; y
- h- *Violación directa de la Constitución*, defecto que se produce cuando el juez da alcance a una disposición normativa de forma abiertamente contraria a la Constitución, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad debiendo hacerlo y así lo ha solicitado alguna de las partes en el proceso.”

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL4003-2020⁵ del 17 de junio de 2020, sostuvo:

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y a los decretos que reglamentaron su ejercicio, la acción de tutela fue establecida para reclamar, mediante un procedimiento de trámite preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de tutela número STL4003-2020 del 17 de junio de 2020, Radicación n.^o 59624. M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga

omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente previstos por la ley, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Atendiendo los principios de la cosa juzgada y de autonomía judicial, esta Sala ha mantenido el criterio de la improcedencia de la tutela contra providencias o sentencias judiciales, salvo que, con las actuaciones u omisiones de los jueces, resulten violados, en forma evidente, derechos constitucionales fundamentales. (Subrayas y negrillas propias).

Así mismo, tal y como lo ha precisado esta Sala en innumerables oportunidades, es menester que previo a interponer la acción de tutela, las partes agoten las herramientas jurídicas ordinarias con las que cuentan, para obtener la protección de sus derechos fundamentales, y como consecuencia exponer la controversia ante el Juez Constitucional para que la decida.

De conformidad con lo anterior, la presente acción de tutela contra las decisiones adoptadas por el la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia del 9 de octubre de 2019 es procedente, ya que con ellas se desconocieron de manera flagrante los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia, buena fe, confianza legítima, igualdad y equidad, tal como se pasa a exponer.

2.2. EL FALLO OBJETO DE LA PRESENTE ACCIÓN DESCONOCE UNA NORMA QUE HACE PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y QUE FUE DECLARADA EXEQUIBLE POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como se dijo en el acápite de los hechos, el 23 de diciembre de 1993 entró a regir la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral. En el artículo 33 de dicha ley se contemplaron los requisitos para acceder a la pensión de vejez, estipulándose la edad que se requiere, el tiempo cotizado y la forma como se computa dicho tiempo. Textualmente dice la norma:

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

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO. 1º. *Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1887 de 1994. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:*

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

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

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley; (Negrillas y subrayas propias).

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

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

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

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

(...)

Esta norma fue modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 de la siguiente manera:

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

De esta norma se desprende entonces que el tiempo laborado al servicio de una empresa del sector privado debe computarse para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, siempre y cuando el trabajador tuviera vínculo laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, esto es, el 23 de diciembre de 1993, o se haya iniciado con posterioridad a ella, lo que implica que el empleador no está obligado a reconocer periodos no cotizados con anterioridad a esta fecha si el trabajador no se hallare laborando al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

El literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993 fue demandado ante la Corte Constitucional por una ciudadana quien consideraba que al exigir, para efectos del cómputo de semanas para acceder la pensión de vejez, que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 “pone en desventaja manifiesta a los trabajadores que estaban vinculados con empleadores que a esa fecha tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, pues en la ley 100 a los demás trabajadores no se les pone tal condición, discriminación que viola en forma directa el derecho fundamental a la igualdad”.

Mediante sentencia C-506 de 2001, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional declaró exequible esta norma con fundamento, principalmente, en lo siguiente:

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

(...)

Para los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, antes de la ley 100 se consagraba, entonces, una simple expectativa de su derecho a pensión que solo se concretaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos respectivos (artículo 260 del Código del Trabajo y ley 6 de 1945 y 65 de 1946).

(...)

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

Crear en cabeza del empleador una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 y 58 C.P.)

(...)

Los fines que persigue el sistema de seguridad social, y que son claramente loables desde el punto de vista constitucional, y que establecen cargas tanto al Estado como a los particulares, no se pueden alcanzar sino con el estricto respecto de los principios del Estado de Derecho, dentro de los cuales se encuentra el de la irretroactividad de la ley en el tiempo.

Es por ello que no resultaría aceptable que la nueva ley pudiera afectar situaciones jurídicas consolidadas antes de su vigencia, por lo que tuvo razón el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en materia de seguridad social (arts 48 y 53 C.P.) al encaminar sus esfuerzos para hacer efectivo el principio de universalidad de la seguridad social, limitándolo a los vínculos laborales existentes o a los que pudieran crearse después de la entrada en vigencia de la norma atacada. (Negrillas y subrayas propias).

En consecuencia la Corte declarará la exequibilidad del literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

De esta manera, en la parte resolutiva de la providencia se dijo:

Primero. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley”, contenida en el literal c) del parágrafo 1º, del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

Esta norma fue objeto de una nueva demanda ante la Corte Constitucional, con fundamento en que la disposición acusada vulnera el Preámbulo de la Carta Política y sus artículos 2º, 13, 25, 48 y 53. Para el accionante, el tiempo durante el cual se prestó un servicio debe ser protegido y reconocido para efectos pensionales, independientemente de la fecha en que fue prestado y de quien fue el empleador; argumentó que sólo así se materializan tanto el mandato previsto en el preámbulo constitucional de asegurar el trabajo, la justicia y la igualdad, como los principios de la favorabilidad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, tal y como lo disponen los artículos 2º, 48 y 53 de la Constitución Política. También, sostuvo el actor que no existe ninguna razón para exigir que la vinculación laboral existiera al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 o que se hubiese iniciado después, ya que los servicios prestados en cualquiera de los dos momentos merecen igual reconocimiento y protección. Por esta razón, consideró el demandante que la norma acusada atenta contra el derecho a la igualdad de quienes trabajaron para un empleador “que ni reconoció la pensión, ni concurrió en el pago de una cuota parte pensional o de bono por el tiempo de trabajo que recibió de su empleado”.

Frente a esta nueva demanda se pronunció la Corte mediante la sentencia C-1024 de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, en la cual se dijo:

A juicio de esta Corporación, la disposición acusada resulta acorde a la Carta Fundamental, entre otras, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, no gozaban de un derecho adquirido sobre dicha pensión, sino de una simple expectativa, hasta tanto se constatará el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en las leyes vigentes (artículo 260 del Código del Trabajo y Ley 6 de 1945 y 65 de 1946).

En segundo término, y en estrecha relación con lo expuesto, porque de haberse aplicado la Ley de 1993 a los trabajadores con vínculos laborales no vigentes al momento de su entrada en vigencia, hubiese necesariamente implicado para los empleadores la imposición de una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida, contrariando el principio de seguridad jurídica, postulado básico del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1º y 58).

(...)

De acuerdo a lo expuesto, se tiene entonces, que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (artículo 243 de la Carta Política) y que, en consecuencia, no puede esta Corporación volver sobre la materia que ya fue objeto de decisión, motivo por el cual se ordenará estarse a lo resuelto en el fallo citado. (Negrillas y subrayas propias).

(...)

Y en la parte resolutiva de la providencia, se dijo:

(...)

Cuarto. En relación con el siguiente aparte demandado del literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, **ESTARSE A LO RESUELTO** en la Sentencia C-506 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), mediante la cual se declaró la constitucionalidad de la expresión acusada por un cargo idéntico al impetrado en esta oportunidad.

(...)

En varios pronunciamientos posteriores, la Corte Constitucional en sede de tutela ha reconocido que no puede dictar una decisión que se oponga a esta sentencia de constitucionalidad. Por ejemplo, en la sentencia T-770 de 2013 de la Sala Quinta de Revisión, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, señaló:

7.4 Las conclusiones presentadas en esta providencia no contravienen lo dispuesto por la Sala Plena en sentencia C-506 de 2001, en donde se declaró exequible un apartado del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual para efectos de computar el tiempo de servicios con miras a obtener la pensión, podía tenerse en cuenta el tiempo trabajado con empleadores privados que hubieran tenido a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral estuviera vigente, o se iniciara con posterioridad a la entrada de esa ley. (Subrayas propias).

El ejercicio del control abstracto de constitucionalidad efectuado en aquella ocasión no cobijó situaciones como la presente, en la que una persona ya goza de un derecho adquirido, es decir de una situación jurídica individual que ha quedado definida y consolidada bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entiende incorporada válida y definitivamente o pertenece al patrimonio de una persona.

En efecto, en casos como el de Humberto Agamez Caly quien cumplió la edad requerida y el tiempo mínimo de servicio antes del 1º de abril de 1994, no se busca sumar el número de semanas pasadas con las que se causen bajo la nueva norma de seguridad social; ni se pretende invocar la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, sino el estatuto general del I.S.S. dispuesto en la Ley 90 de 1946, bajo el cual se consolidó el derecho de pensión. (Subrayas propias).

No obstante lo anterior, la realidad es que se vienen dictando una serie de sentencias por parte de los diferentes despachos judiciales, incluida la Corte Suprema de Justicia y la propia Corte Constitucional, en las cuales se señala que a pesar de lo previsto en el literal c) del parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y la declaratoria de su exequibilidad, está a cargo del empleador el reconocimiento y pago del tiempo laborado y no cotizado por un trabajador con anterioridad a la vigencia de la Ley 100, así el vínculo laboral no hubiera estado vigente al momento de entrar a regir la ley general de seguridad social y para ello acude a la excepción de inconstitucionalidad (art. 4º C.P.) sobre una norma que fue declarada exequible.

Así se dijo, por ejemplo, en la sentencia T-410 de 2014⁶, en la que se revisaron los fallos dictados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 25 de octubre de 2011, en primera instancia y la Sala de Casación Penal de la misma corporación, el 24 de enero de 2012, en segunda instancia, en relación con un extrabajador de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, que laboró entre el 22 de noviembre de 1973 y el 31 de enero de 1991, al cual sólo le hicieron aportes para pensión entre el 1 de octubre de 1986 y el 31 de enero de 1991. En esta providencia la Corte Constitucional sostuvo:

La sentencia C-506 de 2001 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional relativa.

(...)

77. *En los fundamentos normativos de esta sentencia la Sala reiteró que frente a una sentencia de exequibilidad “la ratio decidendi vinculante implicará que el juez no pueda apartarse de la interpretación fijada por la Corte Constitucional para su decisión” (Supra 26). Adicionalmente, si bien los jueces de la República tienen el deber jurídico de aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre apartes normativos o reglas jurídicas del nivel infraconstitucional que en un caso concreto contravengan la Carta, en principio no pueden recurrir a dicho mecanismo para excepcionar apartes normativos declarados exequibles por la Corte Constitucional.*

(...)

79. Sobre esa base, la Sala Novena de Revisión estima que las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004 hicieron tránsito a cosa juzgada relativa implícita, y por ende, es deber del juez del caso concreto aplicar la excepción de inconstitucionalidad en los eventos en que encuentre que la exigencia de vigencia del contrato laboral para efecto de traslado de los aportes pensionales correspondientes al tiempo laborado antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, quebranta la Carta por la infracción de preceptos superiores distintos a los efectivamente estudiados en las decisiones de exequibilidad. (Negrillas y subrayas propias).

80. En particular, para esta Sala de la Corte la sentencia C-506 de 2001 únicamente hizo tránsito a cosa juzgada relativa por las siguientes razones: (i) materialmente solo estudió un cargo por la presunta infracción del principio de igualdad entre los trabajadores que se les exigía la pervivencia del vínculo laboral a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y a los que no se les hacía dicha exigencia para efecto de acumulación de los tiempos laborados para un empleador que antes de la vigencia del sistema general de pensiones tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones; (ii) si bien la sentencia aludió al artículo 48 superior y al derecho a la seguridad social contenido en este, realmente no analizó cargo alguno relativo a dicha disposición jurídica; (iii) incluso si en gracia de discusión se sostuviera que la sentencia aplicó el artículo 48 superior para resolver el problema jurídico allí formulado, dicha disposición fue modificada en aspectos esenciales por el artículo 1 del A.L. 01 de 2005, al incorporar expresamente la garantía a los derechos adquiridos en materia de seguridad social y de efectividad de las cotizaciones y los tiempos servidos para efectos pensionales y; (iv) la sentencia no estudió la probable infracción de los derechos adquiridos de los trabajadores (Art. 48 y 58 C.P.) en que podría incurrir el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en lo relacionado con con la exigencia de pervivencia del vínculo laboral. (Negrillas y subrayas propias).

De este modo, es claro que la sentencia C-506 de 2001 no analizó materialmente la presunta infracción del derecho constitucional a la seguridad social que supondría el requisito de vigencia del vínculo laboral para efecto de acumulación pensional establecido en el literal “c” del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En opinión de esta Sala, el artículo 48 de la Constitución Política es una disposición con fuerza normativa independiente o autónoma, cuya violación no está supeditada a la infracción o no del principio de igualdad.

(...)

85. *En otras palabras, la ausencia de violación del artículo 13 superior no conduce necesariamente a descartar la infracción respecto de las restantes disposiciones constitucionales. Por esa razón, en criterio de esta Sala de la Corte la sentencia C-506 de*

⁶ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-410 del 26 de junio de 2014. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

2001 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional relativa implícita en relación con el contenido del derecho a la seguridad social, pues no analizó realmente la conformidad de la norma legislativa con lo dispuesto en el artículo 48 superior. (Negrillas propias).

86. No obstante lo anterior, incluso si en gracia de discusión se sostuviera que la sentencia C-506 de 2001 sí estudió asuntos alusivos al derecho a la seguridad social, la conclusión sobre la cosa juzgada relativa se mantendría incólume en atención a la modificación del artículo 48 superior operada por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005. Esta reforma añadió al contenido normativo del artículo 48 superior los principios de respeto por los derechos adquiridos y efectividad de las cotizaciones y los tiempos laborados, como se explicará más adelante. (Subrayas propias).

De acuerdo con el nuevo criterio de esta Sala de Revisión, el condicionamiento fijado en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 relativo a la vigencia del contrato de trabajo al momento de entrada en vigor del sistema general de pensiones para efecto de ordenar el traslado de los aportes correspondientes al tiempo de servicio prestado por el trabajador, vulnera (i) el derecho adquirido de los trabajadores al cómputo de los períodos causados para efectos pensionales, en atención a lo dispuesto en los artículos 14 de la Ley 6 de 1945, 72 de la Ley 90 de 1946, 259.2 y 260 del CST y 13 Lit. 2 de la Ley 100 de 1993. Este derecho goza de expresa protección superior a la luz de los artículos 48 y 58 constitucionales que amparan los derechos adquiridos con arreglo a la ley; (ii) el principio constitucional de efectividad de las cotizaciones y los tiempos servidos para efectos pensionales y; (iii) el principio constitucional de eficiencia de la seguridad social. Por esa razón, (iv) en los casos concretos es necesario aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente al mencionado requisito de vigencia del vínculo laboral, y ordenar al empleador el traslado al régimen de pensiones del trabajador, del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por este. (Negrillas y subrayas propias).

(...)

124. Precisado lo anterior, y descendiendo a la posición jurídica específica de las personas que prestaron sus servicios para empleadores que antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 no habían sido llamados por el seguro social a afiliación obligatoria pero que sí tenían la carga de reconocer una pensión en la hipótesis en que el trabajador cumpliera en su integridad los requisitos de tiempo de servicio y edad del artículo 260 del CST o similares, la Sala Novena de Revisión estima que estos cuentan con un derecho adquirido a los aportes correspondientes al tiempo de servicio prestado o causado durante la pervivencia de la relación laboral, incluso si esta finalizó antes de la entrada en vigencia del literal “c” del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. (Negrillas y subrayas propias).

(...)

131. Esta obligación no implica la imposición de cargas económicas retroactivas a los empleadores, pues la normatividad preexistente a la Ley 100 de 1993 advirtió a los patronos sobre el futuro llamamiento a afiliación obligatoria al seguro social del que serían objeto sus trabajadores, con el consiguiente traslado del aporte previo. Así, si bien la legislación no había configurado el instrumento de traslado de los aportes pensionales de estos trabajadores (Art. 33 par. 1 lit. “c” L.100/93), sí había creado la obligación de aprovisionamiento a cargo del empleador y el correlativo derecho de los trabajadores a estos aportes.

132. Bajo tal perspectiva, la Sala Novena de Revisión evidencia que el requisito de pervivencia del vínculo laboral a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 de que trata el literal “c” del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, infringen la protección prodigada por los artículos 48 y 58 de la Constitución a los derechos adquiridos en materia pensional, pues los mencionados apartes normativos impiden el traslado de los aportes correspondientes a los tiempos servidos por trabajadores que prestaron su fuerza laboral en empresas que antes de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión y cuyos contratos de trabajo finalizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la misma.⁷ (Subrayas propias).

Como puede verse, en esta providencia la Sala Novena de Revisión, mediante una sentencia de tutela, se aparta del criterio adoptado por la Sala Plena en una sentencia de

⁷ Esta posición ha sido reiterada en las sentencias T-665 de 2015 y T-714 de 2015.

constitucionalidad, en la cual había declarado que el literal *c*) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 se correspondía con los principios de la Constitución Política, especialmente con el derecho a la igualdad, pues los trabajadores que no hubieran cumplido con los requisitos para acceder a la pensión de vejez antes de la entrada en vigencia de dicha ley no tenían un derecho adquirido, sino una mera expectativa, lo cual no genera ninguna obligación a cargo del empleador. Igualmente, la Corte había dicho en la sentencia de exequibilidad sobre la referida norma que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el empleador no tenía a cargo la obligación de pagar un cálculo actuarial para trasladar los recursos de las cotizaciones a favor de un trabajador que a ese momento no tenía contrato laboral vigente.

Puede verse también la disparidad de criterios al interior de las Salas de Revisión la Corte Constitucional cuando se adoptan decisiones en sede de tutela que tengan relación con el asunto objeto de estudio, pues mientras que en la sentencia T-770 de 2013 dice que la sentencia de constitucionalidad C-506 de 2001 no puede ser desconocida, y que no se puede aplicar retroactivamente la Ley 100 de 1993 cuando se trata de una mera expectativa para acceder a la pensión de vejez, en un fallo posterior, esto es, en la T-410 de 2014 se aparta del contenido de dicha sentencia que declaró exequible el literal *c*) del parágrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993 y ordena aplicar esta norma de manera retroactiva, trayendo como fundamento el Acto Legislativo 01 de 2005, una norma posterior a la declaratoria de exequibilidad de dicha disposición, lo cual contraría el principio de cosa juzgada constitucional, tal como se explicará más adelante.

Con fundamento en la sentencia T-410 de 2014 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en varias de sus providencias acogiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional, condenando a los empleadores a pagar el cálculo actuarial a favor de trabajadores con los que no tenía contrato laboral vigente al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. A modo de ejemplo, se cita la sentencia SL 2138-2016 del 24 de febrero de 2016⁸, en la cual se dijo:

Vigencia del contrato de trabajo para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

*Es cierto, como lo resalta el censor, que el literal *c*) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, dispone que la integración del tiempo servido a empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento de la pensión, se da «...siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.»*

No obstante, para la Sala resulta preciso recordar que no fue solo esa disposición la que le dio fundamento a la decisión del Tribunal, sino que también sirvieron a ese propósito, entre otros, la filosofía y los principios de integralidad y universalidad consignados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, y, para este caso, la vocación de permanencia de la afiliación al sistema, que no puede verse afectada por el ejercicio del ius variandi, cuestión que no fue controvertida por la censura.

Además de lo anterior, para la Sala la solución del pago de cálculos actariales, por empleadores que no pagaron aportes debido a la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a la que acudió el Tribunal, no puede hacerse depender de que la relación laboral hubiera estado vigente para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o para el 23 de diciembre de 1993, como lo disponía el Decreto 1887 de 1994.

En este aspecto, desde las sentencias CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398 y CSJ SL646-2013 esta Sala de la Corte ya había justificado la necesidad de inaplicar ese tipo de condicionamientos, por ser contrarios a la intención del legislador plasmada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En dichas decisiones se recalcó que «...la Ley 797 de 2003 no estaba creando por primera vez la obligación del empleador de responder por el tiempo servido por el trabajador sin la afiliación debida, puesto que esta obligación, en esencia, ha existido desde el momento mismo en que surgió, para este, la obligación de afiliar al trabajador al ISS. Con la modificación introducida por el artículo

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 2138-2016 del 24 de febrero de 2016. Radicación N° 57129. M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno

9º de la Ley 797 de 2003 lo que se quiso fue adecuar al régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, la forma de hacer el cómputo de los tiempos laborados por el trabajador para un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier época...»

También la Sala considera pertinente destacar que ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral. (Subrayas propias).

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” contenida en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014. (Subrayas propias).

Como conclusión, el Tribunal tampoco incurrió en error jurídico alguno al considerar que no era relevante «...la circunstancia de que el contrato del trabajador estuviere o no vigente al momento de la expedición de la Ley 100 de 1993...»

De esta manera, como se verá, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia desconocen no solo una norma que hace parte del ordenamiento jurídico, lo que la convierte en obligatoria, sino que se aparta además de los efectos de cosa juzgada constitucional y de obligatoriedad de las decisiones que la Corte Constitucional ha adopta a través de los fallos de constitucionalidad, afirmando que los jueces y la propia Corte deben inaplicar dicha norma vía excepción de inconstitucionalidad, sin que se cumplan los requisitos para ello.

2.2.1. Las decisiones de la Corte Constitucional en sede de revisión de constitucionalidad son obligatorias - El control de constitucionalidad en Colombia es concentrado⁹

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se creó la Corte Constitucional a la cual se le asignó la guardia de la integridad y supremacía de la Constitución. Así se desprende del artículo 241 que señala:

ARTÍCULO 241. *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*
(...)

Lo anterior basta para concluir que en Colombia se consagró un control concentrado de constitucionalidad. Sin embargo, en la misma Carta se le otorgó al Consejo de Estado la competencia para “conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los

⁹ Los argumentos desarrollados en este capítulo se fundamentan en los artículos publicados por Luis Alfonso Bravo Restrepo *Legitimidad del control constitucional y los controles a la Corte Constitucional*. Estudios de Derecho, Vol. LIX, Pág. 74-95. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia, Medellín, 2000. ISSN 0120-1867 y *Del control de constitucionalidad confuso al concentrado*. Reflexiones Constitucionales: a propósito de dos décadas de la Constitución en Colombia. Medellín, Fondo Editorial Eafit, ISBN 978-958-720-141-3.

decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional" (art. 237-2), lo cual podría sugerir que existe un control de constitucional dual, radicado en la Corte Constitucional y en el Consejo de Estado. Además, se consagró que "*en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*" (art. 4), así como la competencia de todos los jueces para conocer de acciones de tutela para garantizar derechos fundamentales (art. 86), lo que indicaría la existencia de un sistema difuso de control de constitucionalidad.

Estas normas constitucionales han generado una gran confusión en nuestro sistema de control de constitucionalidad que no ha permitido identificar con claridad si tenemos un control concentrado, dual, difuso, integral, mixto o de otra naturaleza, pues esta función parece que es ejercida al mismo tiempo por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, todos los jueces de la República y todas las autoridades que aplican el derecho. Esto de por sí muestra, en principio, un control de constitucionalidad caótico, pues tendríamos tantas constituciones como intérpretes autorizados.

Ahora, desde muy temprano la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tipo de control que trajo la nueva constitución, afirmando que a pesar de que la Constitución creó una Corte Constitucional no se estableció un sistema concentrado de control de constitucionalidad y que este seguía siendo difuso. En efecto, en la sentencia C-037 de 1996, M.P. doctor Vladimiro Naranjo Gómez, la Corte señaló:

Como bien es sabido, el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado "control concentrado" o austriaco, pues en realidad éste sigue siendo de carácter difuso funcional. Lo anterior, habida cuenta de que además de los pronunciamientos que realice esta Corporación, al Consejo de Estado se le ha atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (Art. 237-1). Como si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 40 superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política. Tampoco puede olvidarse que dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver de un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional.

Así mismo, en la sentencia C-1154 de 2008, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, se dijo:

(...)

Con ese norte, el Constituyente de 1991 optó por un modelo de control constitucional que la jurisprudencia ha llamado difuso funcional. En este esquema concurren, por un lado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como órganos encargados del control abstracto de constitucionalidad, y, por el otro, todos los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones y recursos previstos para garantizar los derechos constitucionales o al hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos sometidos a su consideración. (...)

En este esquema la Corte Constitucional es el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, para lo cual debe ejercer su labor en los estrictos y precisos términos señalados en el artículo 241 Superior. Norma que comprende un amplio y detallado marco de competencias, coherente con su naturaleza como principal autoridad encargada de ejercer el control constitucional en Colombia.

El Consejo de Estado, por su parte, tiene asignada una suerte de control residual, restringida a ciertos actos expedidos por el Gobierno Nacional. Así, debe conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, "cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional" (art. 237-2 CP). (...)

No obstante lo anterior, lo cierto es que lo que consagró la Carta Política sobre la creación de la Corte Constitucional como guardiana de la Carta y las funciones que materialmente

realiza, esto es, la de verificar que el ordenamiento jurídico se adecue a la norma superior, permite concluir claramente que el sistema de control de constitucionalidad en Colombia es el concentrado.

Pues bien, la Constitución no solo es una norma jurídica, sino que es la de superior jerarquía. Esta norma obliga a particulares y a servidores públicos. Así, por ejemplo, cuando un juez laboral dicta una sentencia, seguramente se soportará en el artículo 53 de la Constitución que consagra el derecho al trabajo; o cuando un comisario de familia toma una decisión es de esperarse que se fundamente en el artículo 42 constitucional (los derechos de los niños está por encima de los demás); igualmente, cuando todos los servidores públicos adelanten actuaciones, ya sean de carácter judicial o administrativo, deberán observar el artículo 29 de la Constitución (debido proceso.)

Sin embargo, el hecho de que los funcionarios judiciales y administrativos cumplan la Constitución o acudan a ellas para adoptar las decisiones que les competan, no significa que estemos ante un control de constitucionalidad difuso. Esto solo significa que la Constitución es una norma jurídica, de obligatorio cumplimiento, que irradia todo el ordenamiento jurídico.

Además, la esencia del control de constitucionalidad es la revisión de las normas que expide el legislador y el constituyente derivado. Las actuaciones de los particulares y de la administración, violatorias de la Constitución, son controladas por los jueces comunes. Así, por ejemplo, cuando en un medio de comunicación se publican afirmaciones deshonrosas sobre una persona, que en principio se podría decir que se trata de una violación al derecho a la honra previsto en el artículo 21 de la Constitución, será la justicia penal la que determine si se incurrió o no en un delito de injuria. En el mismo sentido, si un servidor público de carrera es denunciado con violación de sus derechos constitucionales (artículos 40-7 y 125 de la Constitución), cuenta con las acciones ordinarias para que estos le sean garantizados.

Si bien la Corte Constitucional en un principio fue tímida, e interpretó de manera muy restrictiva las competencias asignadas en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Constitución, la verdad es que con el paso del tiempo vemos que la Corte ha venido señalando que tiene el monopolio del control de constitucionalidad sobre los actos de naturaleza legislativa, donde es irrelevante el órgano que los dicte, pues si contiene normas de jerarquía legal, ella es la competente para ejercer el control; pero si el acto no es propio de la legislación, sino de la administración, el control constitucional es del Consejo de Estado. De esta forma se ve como el control de constitucionalidad ha venido mutando hacia uno concentrado en la Corte Constitucional.

Por otro lado, se dice que como todos los jueces son competentes para conocer de acciones de tutela y garantizar derechos constitucionales fundamentales, se configura un control de constitucionalidad difuso. Sin embargo, es indispensable considerar que la acción de tutela no hace parte de los mecanismos de control de constitucionalidad, sino que se trata de una acción residual para garantizar derechos constitucionales fundamentales y, eventualmente, puede prosperar si el juez considera que las acciones ordinarias son ineficaces para protegerlos, e incluso se pueden amparar provisionalmente mientras se resuelve el litigio ante la justicia ordinaria. Esto implica que los derechos constitucionales fundamentales se protegen inicialmente a través de acciones ordinarias, lo cual no indica que los jueces comúnmente ejerzan función constitucional y si estas acciones no son eficaces, la tutela puede ser un instrumento residual para proteger el derecho fundamental. En definitiva, la tutela no es un mecanismo de control de constitucionalidad, lo cual no implica desconocer su importancia en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, la acción de tutela está diseñada para proteger los derechos fundamentales frente a hechos, operaciones u omisiones de autoridades públicas y contra particulares en ciertos casos. Es decir, mediante la acción de tutela no se juzgan normas y menos si estas son de carácter general, como lo es la ley. Esto de por sí descarta que la acción de tutela sea un mecanismo de control de constitucionalidad.

Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que nuestro sistema pertenece a la tradición romanista, lo que se ha denominado el *civil law*, donde solo la norma escrita da seguridad y

certeza jurídica y, por tanto, la ley es fuente de derecho para que los jueces administran justicia, tal como lo señala el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia; por ello el control de constitucionalidad recae sobre la norma abstracta, con un pronunciamiento constitutivo, en el que se declara la inconstitucionalidad de la ley, con efectos *erga omnes*, y de esta forma los jueces y la sociedad tienen claridad si la norma está o no dentro del ordenamiento jurídico.

En definitiva, la Constitución consagra un control de constitucionalidad concentrado en la Corte Constitucional, pues ella es la competente para ejercer este control sobre los actos reformatorios de la Constitución, de la ley, de las normas con fuerza de ley independientemente del órgano que las profiera, sobre los tratados internacionales, de los estados de excepción; el control es tanto por vicios de forma como de fondo; y además, la competencia la asume en unos casos de manera automática, oficiosa y en otros vía acción pública. En últimas, no es correcto decir que tenemos un control de constitucionalidad difuso cuando tenemos una Corte Constitucional con amplias competencias a la cual se le confía la guardia de la integridad y supremacía de la Constitución.

Siendo así, es claro que es la Corte Constitucional la que tiene la última palabra sobre la constitucionalidad o no de las normas con rango de ley y decidir si las mismas deben permanecer en el ordenamiento jurídico o, por el contrario, ser expulsadas de él, motivo por el cual sus decisiones son de obligatorio cumplimiento.

En concordancia con lo anterior, si la Corte declara que determinada norma es constitucional, todos los operadores jurídicos, incluida, claro está, la propia Corte Constitucional, están obligados a aplicarla. Al respecto, el artículo 11 de la Ley 57 de 1887 señala:

ARTÍCULO 11. *La ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación.*

Por lo anterior, no pueden los jueces abstenerse de aplicar y darle plenos efectos a una norma que hace parte del ordenamiento jurídico y que, además, ha sido declarada exequible por parte de la Corte Constitucional, como es el caso del literal *c)* del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

2.2.2. *La sentencia C-506 de 2001 hizo tránsito a cosa juzgada absoluta*

Como se vio, en la sentencia de tutela número T-410 de 2014, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional afirmó que frente a la sentencia C-506 de 2001, a través de la cual se declaró la exequibilidad del literal *c)* del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, operó el fenómeno de la cosa juzgada relativa implícita, la cual se presenta cuando no hubo un análisis integral de exequibilidad frente a toda la Constitución o cuando se encuentra condicionada en los considerandos de la providencia, en cuyo caso puede darse un nuevo examen frente a postulados constitucionales contra los cuales no se confrontó, o según sea el caso, de acuerdo a los consideraciones del fallo. Sin embargo, esta afirmación carece de fundamento, principalmente por las siguientes razones.

En primer lugar, debe decirse que en esta providencia la Corte Constitucional sí estudió la norma demandada a la luz del contenido integral de los principios que rigen el sistema de seguridad social. Así lo dijo textualmente la Corte en la sentencia C-506/01:

No le asiste pues razón a la demandante en este aspecto como tampoco en lo referente a la consecuente vulneración de las normas que consagran los derechos a la seguridad social (arts 46,48,53 C.P.), al trabajo (art. 25 C.P.), así como los postulados del Estado Social de Derecho (Preámbulo y arts 1º y 2º).

En concordancia con lo anterior, en el artículo 46 de la Ley 270 de 1996 se señala que es deber de la Corte analizar el contenido de la norma demandada con la totalidad de los preceptos de la Constitución. Textualmente señala la norma:

ARTÍCULO 46. CONTROL INTEGRAL Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL. En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución. (subrayas propias).

De igual manera, el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, mediante el cual se estableció el régimen procedural de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, contempla:

ARTÍCULO 22. La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21.

La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera <sic> norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso.

Sobre este punto la Corte Constitucional, en sentencia C-531 de 1995, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, dijo:

El control constitucional de las leyes no es rogado sino integral, por cuanto corresponde a esta Corporación estudiar las normas impugnadas frente a la totalidad de los preceptos de la Constitución, y no únicamente en relación con las disposiciones constitucionales señaladas por el actor. Por ello, si la Corte encuentra que el acto impugnado adolece de vicios de procedimiento, debe entrar a estudiarlos, aun cuando el demandante no los haya considerado. En ese orden de ideas, y aun cuando el actor no incluyó entre los cargos la eventual violación de la regla según la cual todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia, debe la Corte analizar este aspecto, por cuanto el Congreso parece haber desconocido ese mandato constitucional durante el proceso de aprobación del artículo acusado. (Subrayas propias).

Lo dicho significa que la Corte no sólo debe decidir con respecto a los argumentos expresados por el demandante, sino que también se encuentra obligada, de oficio, a confrontar el texto demandado con toda la norma constitucional y, por tanto, podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en cualquier norma de la Constitución, así no se hubiere invocada en la demanda.

Cuando se hace esta confrontación, tal como ocurrió en la sentencia C-506 de 2001, se produce los efectos de cosa juzgada constitucional, es decir, la norma declarada constitucional no podrá ser nuevamente demandada por ningún motivo.

Ahora, la cosa juzgada relativa opera cuando se presentan demandas generales contra una ley, pero solo se sustenta contra unos artículos específicos y la Corte simplemente realiza un estudio sobre dichos artículos sin estudiar la totalidad de la ley. Así, los efectos del fallo de exequibilidad de la norma demandada sólo opera por los motivos estudiados por la Corte y, en consecuencia, puede ser demandada la norma nuevamente por motivos diferentes, esto es, los que no hayan sido objeto de cotejo constitucional.

Por ejemplo, si se demanda una ley por vicios de procedimiento en su formación y la Corte considera que no existió tal inconstitucionalidad, entonces la declara exequible pero sólo en cuanto al procedimiento, quedando la opción para una demanda sobre vicios materiales respecto del articulado de la ley, pues la sentencia de la Corte produjo efectos de cosa juzgada relativa. Igual sucede cuando se demanda un decreto ley en consideración a que el Presidente no tenía competencia para expedirlo, la Corte sólo hace el estudio sobre la competencia, y si lo declara exequible no significa que todo el articulado fue objeto de control de constitucionalidad.

En ese sentido, para que pueda entenderse que una sentencia de constitucionalidad produce efectos de cosa juzgada relativa así lo tiene que decir expresamente la Corte en la parte

resolutiva, de lo contrario se entiende que los efectos son de cosa juzgada absoluta. Así lo señala el artículo 243 constitucional que expresamente señala:

ARTÍCULO 243. *Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.*

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

En los mismos términos se dice en el artículo 22 Decreto 2067 de 1991 lo siguiente:

ARTÍCULO 21. *Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.* (subrayas propias).

La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-584 de 2002¹⁰ dijo:

Los conceptos de cosa juzgada absoluta y relativa han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional, indicando que en principio debe entenderse que toda sentencia de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada absoluta salvo que la propia Corporación, bien de manera explícita en la parte resolutiva, o bien de manera implícita en la parte motiva, restrinja el alcance de su decisión a los cargos analizados en la sentencia. (Subrayas propias).

De igual manera, en la sentencia C-187 de 2019¹¹ esta misma corporación sostuvo:

*155. A partir de la praxis judicial, este Tribunal ha identificado diferentes modalidades de cosa juzgada constitucional. La **absoluta** se presenta cuando la decisión previa de la Corte agotó cualquier debate sobre la constitucionalidad de la norma acusada, pues “se entiende que la norma es exequible o inexequible en su totalidad y frente a todo el texto constitucional”¹². En este caso, si la providencia no ha realizado una delimitación expresa de sus efectos en la parte resolutiva, se presume que ha operado la cosa juzgada constitucional absoluta y, por tanto, no será posible emprender un nuevo examen de la norma¹³.*

*156. Por el contrario, existe cosa juzgada **relativa** en los eventos en que la decisión anterior realizó el estudio de constitucionalidad únicamente respecto de algunos cargos. Es posible, por ese motivo, controvertir la misma disposición con fundamento en reproches diferentes, para que la Corte la examine desde la perspectiva de las nuevas acusaciones¹⁴. Esta categoría de cosa juzgada puede ser **explicita** cuando los efectos de la sentencia previa se limitaron específicamente en la parte resolutiva, e **implícita** si tal circunstancia no tuvo ocurrencia de manera clara e inequívoca en el resuelve de la providencia, pero sí en la parte motiva de la misma.*

En ese sentido, como la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2001 realizó la confrontación del literal c) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con todo el contenido de la Constitución, y como en dicha sentencia no se dijo que los efectos que esta produciría serían los de cosa juzgada relativa, es más que evidente que esta decisión hizo tránsito a cosa juzgada absoluta.

En segundo lugar, hubo un pronunciamiento posterior igualmente por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional en un fallo de constitucionalidad en el que se analizó de nuevo la constitucionalidad de la norma objeto de discusión, en el cual se dijo expresamente que frente a la sentencia C-506 de 2001 operó el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional,

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-584 del 30 de julio de 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-187 del 8 de mayo de 2019. M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

¹² Sentencias C-279 de 2014, C-332 de 2013, C-783 de 2005 y C-478 de 1998, entre otras.

¹³ Sentencias C-007 de 2016, C-149 de 2009 y C-584 de 2002.

¹⁴ C-148 de 2015, C-912 de 2013, C-600 de 2010, C-469 de 2008, C-310 de 2002 y C-478 de 1998.

por lo cual resolvió estarse a lo resuelto en esa oportunidad. Nos referimos a la sentencia C-1024 de 2004, en la que textualmente se señaló lo siguiente:

De acuerdo a lo expuesto, se tiene entonces, que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (artículo 243 de la Carta Política) y que, en consecuencia, no puede esta Corporación volver sobre la materia que ya fue objeto de decisión, motivo por el cual se ordenará estarse a lo resuelto en el fallo citado.

(...)

En la parte resolutiva de esta providencia se dijo:

(...)

Cuarto. En relación con el siguiente aparte demandado del literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, **ESTARSE A LO RESUELTO** en la Sentencia C-506 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), mediante la cual se declaró la constitucionalidad de la expresión acusada por un cargo idéntico al impetrado en esta oportunidad.

(...)

Así las cosas, es evidente que los efectos de la decisión adoptada mediante la sentencia C-506 de 2001 que declaró la constitucionalidad del literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 son los de cosa juzgada absoluta. En ese sentido, erró la Sala Novena de Revisión al concluir en la sentencia T-410 de 2014 que esta decisión produjo efectos de cosa juzgada relativa implícita.

Al ser esto así, la declaratoria de exequibilidad del literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 es de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la República, sin que sea posible realizar sobre esta norma un nuevo juicio de constitucionalidad ni apartarse de lo que allí se decidió.

Ahora, a través de la referida sentencia T-410 de 2014 puede verse como una sala de revisión de la Corte Constitucional, que está compuesta por tres magistrados, está revisando vía tutela un fallo ni más ni menos que de constitucionalidad, el cual ha sido adoptado por la Sala Plena, lo cual a todas luces es inadmisible. Una conducta como estas atenta directamente contra el principio de seguridad jurídica, lo que resulta más grave si se considera que dicha conducta es realizada por la propia Corte Constitucional que es la primera llamada a respetar los fallos de constitucionalidad. Si la Corte con el paso del tiempo desconoce sus propios fallos, sería tanto como decir que cada que llegue una nueva cohorte de magistrados hay una nueva Constitución.

Pero además, con este actuar se atenta contra el principio de confianza legítima al cual la Corte Constitucional se ha referido en los siguientes términos:

En esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.

(...)

*La Corte al estimar que la interpretación judicial debe estar acompañada de una necesaria certidumbre y que el fallador debe abstenerse de operar cambios intempestivos en la interpretación que de las normas jurídicas venía realizando, y por ende, el ciudadano puede invocar a su favor, en estos casos, el respeto por el principio de la confianza legítima.*¹⁵

En este sentido, resulta completamente opuesto a estos dos principios que se obligue a un empleador a responder por períodos de cotización anteriores al 23 de diciembre de 1993 de un trabajador que no tenía contrato vigente a esa fecha, cuando existe una norma que señala expresamente que no tenía que hacerlo, la cual fue objeto de análisis en dos oportunidades por parte de la Corte Constitucional, quien expresamente dijo que esa norma se adecuaba completamente a la Constitución. En tal sentido, la presente acción de tutela debe ser resuelta favorablemente.

2.2.3. No se cumplen los requisitos para inaplicar la norma vía excepción de inconstitucionalidad - No puede haber excepción de inconstitucionalidad frente a una norma que ha sido declarada exequible¹⁶

La excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4° de la Constitución Política es un mecanismo que opera cuando la autoridad judicial o administrativa, a petición de las partes o de oficio, detecta un vicio de inconstitucionalidad en una norma de inferior jerarquía y la inaplica prefiriendo la aplicación de la Constitución solo para el caso en cuestión, es decir con efectos interpartes.

Como el ordenamiento jurídico es para aplicarse, entonces excepcionalmente se inaplica, concretamente cuando se acude a la excepción de inconstitucionalidad (artículo 4° C.P.) donde el operador jurídico debe hallarse ante una violación flagrante de una norma constitucional por parte de una disposición normativa de carácter inferior, que lo lleva a darle aplicación a la norma de rango constitucional e inaplicar la que se opone a ella. Este carácter excepcional deviene del hecho que la ley, mientras esté vigente, es de obligatorio acatamiento.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-614 de 1992, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández, sostuvo:

Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles. (Subrayas propias).

(...)

Son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe. Si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad. Una cosa es la norma -para cuyo anonadamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-131 del 19 de febrero de 2004. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁶ Los argumentos desarrollados en este capítulo se fundamentan en lo expuesto en el trabajo realizado por el doctor Luis Alfonso Bravo Restrepo en artículo *Del control de constitucionalidad confuso al concentrado* ya citado.

aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales. (Negrilla original), (Subrayas propias).

En un fallo más reciente, en la sentencia SU-132 de 2013, M.P. Dr. Alexei Julio Estrada, esta misma corporación dijo:

(...) es importante aludir que el artículo 4º de la Constitución Política establece que, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se aplicarán las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica. Lo anterior fundamenta el objeto de la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad.

La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política. (Subrayas propias).

Adicionalmente a lo expuesto, la jurisprudencia ha establecido que, cuando el funcionario inaplica la excepción solicitada por las partes, siendo procedente, genera específicamente, un defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Éste defecto se presenta cuando “la actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (a) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (b) es inconstitucional, (c) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (d) un grave error en la interpretación de la norma constitucional pertinente, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos erga omnes, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución. (Subrayas propias).

Se concluye entonces que para que la inaplicación de una norma pueda darse vía excepción de inconstitucionalidad, la discordancia entre la norma superior y la de inferior jerarquía tiene que ser tan ostensible, evidente, flagrante u obvia que el operador jurídico no tenga que hacer ningún esfuerzo argumentativo para justificar su inaplicabilidad.

Esta exigencia de ostensible incompatibilidad entre las normas que se cotejan hace que en el evento en que la norma de inferior jerarquía haya sido objeto de análisis de constitucionalidad y la Corte la haya declarado inexequible, no es posible que el operador judicial invoque esta excepción para inaplicar dicha norma. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos. Por ejemplo, en la sentencia T-103 de 2010 sostuvo:

“La excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompañarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado”. (Negrillas y subrayas propias).

En el caso concreto, es claro que lo dispuesto tanto por la Corte Constitucional en la sentencia T-410 de 2014, como por la Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos, acerca de que se debe inaplicar vía excepción de inconstitucionalidad el literal *c)* del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que establece que el empleador no está obligado a trasladar las cotizaciones al ISS de aquellos trabajadores que no tuvieran contrato laboral vigente al momento de entrada en vigencia de la Ley 100, es a todas luces desacertado, ya que no se cumplen los requisitos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido de manera expresa para la procedencia de este mecanismo.

En un sistema como el nuestro la estabilidad de la jurisprudencia es más que necesaria. En efecto, con la estabilidad en las decisiones judiciales se garantizan altos principios del Estado: por un lado, el de la buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima (art. 83 C. P.), pues si un individuo actúa de conformidad con las posiciones jurisprudenciales, sería abiertamente injusto y antentatorio contra estos principios, que en forma intempestiva los jueces modifiquen el criterio jurisprudencial con efectos retroactivos. Por otro lado, el de igualdad (art. 13 C. P.), el cual señala que todas las personas merecen igual protección y trato de las autoridades públicas.

En este sentido, si los jueces deciden unos casos de una forma y otros de otra, siendo sustancialmente iguales, entonces se viola el principio de la igualdad. Por esta razón, la jurisprudencia de la Corte debe ser estable a fin de garantizar los fines constitucionales.

En el caso concreto, en el fallo objeto de la presente acción lo que hizo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia fue inaplicar de plano el literal *c)* del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que fue declarado exequible por la Corte Constitucional, lo cual es constitutivo de una vía de hecho y por ello esta tutela está llamada a prosperar.

2.3. CON LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO 1887 DE 1994 EL GOBIERNO NACIONAL EXCEDIÓ SUS FACULTADES REGLAMENTARIAS

El fallo objeto de la presente acción de tutela, obliga a la sociedad Finca Cibeles S.A. a pagar un título pensional con fundamento en el Decreto 1887 de 1994, normatividad que es ostensiblemente contraria a la Constitución y la ley y por ello no puede ser fuente de derecho, lo que conlleva a que se presente una vía de hecho.

Veamos:

La potestad reglamentaria es una función administrativa atribuida por el artículo 189-11 de la Constitución Política al Gobierno Nacional, para la correcta y cumplida ejecución de las leyes. Esta potestad tiene como fin dar alcance o hacer operativa la ley, sin que le sea dado al Ejecutivo ampliar, modificar, restringir o suprimir la ley objeto de regulación. Sobre el particular, el Consejo de Estado¹⁷ se ha pronunciado en los siguientes términos:

La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se ha referido al ejercicio debido y a los límites de dicha atribución. Al respecto, esta Sección señaló que la función que cumple el Gobierno con el ejercicio del poder reglamentario es la de complementar la ley, en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella, con el propósito de permitir su ejecución, pero ello no conlleva la interpretación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene.

Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución al legislador. Igualmente, es importante precisar que no todas las leyes son susceptibles de ser reglamentadas. Para el efecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. Existen materias cuya regulación está reservada a la ley, caso en el cual, al legislador le corresponde desarrollarla de manera exclusiva.
2. Las leyes que deban ser ejecutadas por la administración no pueden ser objeto de regulación.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 6 de julio de 2017. Radicación 11001-03-24-000-2008-00390-00(0585-09). Consejero Ponente: William Hernández Gómez

3. Cuando la ley ha sido formulada de manera tan detallada y los temas en ella contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que, en principio, no necesitaría de reglamentación (Negrillas y subrayas propias).

Ahora bien, en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 se establecieron los requisitos para acceder a la pensión de vejez y se determinó el tiempo que se computaría para ese fin. Dice la norma:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

La Ley 100 de 1993 no se ocupó de regular ni definir el “cálculo actuarial”, qué lo componía, cómo se estructuraba, quiénes lo financiaban, cómo se armonizaba la normatividad anterior con la nueva en ese “cálculo actuarial”, etc. Ante tremendo vacío legal, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1887 de 1994 que en su artículo 2º dispone:

Artículo 2º. Valor de la reserva actuarial. El valor correspondiente a la reserva actuarial que de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior debe trasladarse al Instituto de Seguros Sociales, será equivalente al valor que se hubiere debido acumular durante el período que el trabajador estuvo prestando servicios al empleador hasta el 31 de marzo de 1994, para que a este ritmo hubiera completado a los 62 años de edad si es hombre o 57 años si es mujer, el

capital necesario para financiar una pensión de vejez y de sobrevivientes por un monto igual a la pensión de vejez de referencia del trabajador de que trata el artículo siguiente.

En todo caso el traslado del valor de la reserva actuarial se entenderá sin perjuicio de las reservas que el empleador deberá mantener para el pago de las obligaciones pensionales a su cargo en relación con los trabajadores que se encuentren en el régimen de transición y frente a aquellas obligaciones pensionales derivadas de pacto o convención colectiva de trabajo.

A su vez, el artículo 7° del decreto estableció:

Artículo 7º. Interés del título pensional. *El título pensional devengará a cargo del empleador un interés equivalente al DTF Pensional, desde la fecha de su expedición hasta la fecha de su redención. Para estos efectos, el DTF Pensional se define como la tasa de interés efectiva anual, de conformidad con correspondiente al interés compuesto de la inflación representada por el IPC, adicionado en tres puntos porcentuales anuales efectivos.*

Dichos intereses se capitalizarán al final de cada ejercicio anual calendario, con la tasa de interés equivalente al DTF Pensional del respectivo año. Si al momento de capitalizar los intereses correspondientes al primer ejercicio, el período transcurrido desde la expedición es inferior a un año, la tasa de interés equivalente al DTF Pensional se aplicará por el período correspondiente. (Negrillas y subrayas propias).

En el último año de vigencia del título, se aplicará la tasa de interés equivalente al DTF Pensional que rija en ese año, durante el tiempo transcurrido entre el primer día de dicho ejercicio y la fecha de redención del bono.

El DTF Pensional se calculará de conformidad con la siguiente fórmula:

$$DTF\ Pensional = (1+inf\% / 100) \times (1+0.03)$$

Donde

INFt= Variación anual del Índice de Precios al Consumidor calculado por el DANE correspondiente al año calendario inmediatamente anterior.

En caso de incumplimiento del pago del título pensional se pagará un interés moratorio equivalente al doble del previsto en el presente artículo, sin exceder el límite establecido en la legislación comercial. (Negrillas y subrayas propias).

Con la expedición de este decreto, el Ejecutivo desbordó sus facultades reglamentarias por las siguientes razones:

2.3.1. A través de la potestad reglamentaria no se pueden regular derechos

Con la Constitución Política de 1991 se estableció la seguridad social como un derecho con características de universalidad, desarrollado normativamente por la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema General de Seguridad Social. Antes de esta normatividad las pensiones tenían una regulación diferente en cuanto a la forma de hacer los aportes y los requisitos para acceder a dicha pensión, como se expuso en el hecho 1.3 del presente escrito. Ahora, a través del Decreto 1887 de 1994 el Ejecutivo está cambiando el régimen de pensiones anterior a la Ley 100 por un título pensional, derogando toda la legislación preexistente sobre la materia y creando una institución que es competencia del Congreso. Al ser esto así, el Presidente desbordó sus facultades reglamentarias, invadiendo, por tanto, la competencia del poder legislativo. Al respecto, el Consejo de Estado¹⁸ ha manifestado lo siguiente:

La potestad reglamentaria es una función administrativa atribuida por la Constitución Política al Gobierno Nacional, para la correcta y cumplida ejecución de las leyes, que, como ha tenido oportunidad de señalar esta Sala, es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto No. 24 del 01 de abril de 2009. Radicado: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476). Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

(...) Con todo, la facultad reglamentaria no es absoluta, pues, como lo ha sostenido la Sala, encuentra su límite y ámbito de acción en la Constitución Política y en la ley, a las cuales debe sumisión y respeto, es decir, está sujeta y limitada al orden jurídico superior y, por tanto, no puede desconocer sus preceptos, ni suprimirlos, restringirlos, alterarlos, ampliarlos, adicionarlos o modificarlos, porque ello entrañaría invadir la órbita constitucional de competencia del Legislador. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715.

De esta manera, bajo la excusa de reglamentar el artículo 33 de la Ley 100, el Gobierno Nacional lo que hizo fue sustituir una obligación legal que estaba a cargo de los empleadores, por otra que no existía hasta ese momento, creándose un nuevo régimen de transición que no está en la Ley 100 y por tanto solo podía ser regulado por el Congreso de la República como órgano de representación popular y única autoridad que en un Estado democrático puede regular y limitar derechos.

2.3.2. *Con el Decreto 1887 de 1994 se derogó la normatividad legal anterior*

Antes de la Ley 100, y bajo la Constitución Nacional de 1886, existía un régimen normativo de Seguridad Social, el cual fue cambiado por el Decreto 1887 de 1994 por un título pensional, con lo cual el Gobierno derogó la legislación preexistente a través de un decreto reglamentario, lo cual afecta el principio de paralelismo de formas, según el cual las cosas en derecho se deshacen como se hacen.

En relación con la potestad reglamentaria del Presidente de la República, el Consejo de Estado¹⁹ ha dicho:

La sumisión del acto administrativo reglamentario a la ley es absoluta y por lo mismo, se trata de decisiones necesitadas de justificación, con posibilidades restringidas en el campo de la regulación, lo cual explica que su ámbito de acción sea restringido y que, por lo mismo, no tengan la fuerza suficiente para derogar, subrogar o modificar un precepto legal, ni mucho menos para ampliar o limitar su alcance o su sentido.

Lo anterior explica su carácter justiciable, pues es claro que la administración no puede contradecir los mandatos del legislador, ni suplir la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular cierto contenido. En ese sentido se ha pronunciado la Sala en reiteradas ocasiones, al plantear los siguientes criterios:

"La potestad reglamentaria solo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley; pero el gobierno no pretende de su no puede ni ampliar ni restringir, el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la ley, porque ello no sería reglamentar sino legislar. La potestad reglamentaria del jefe de Estado, es limitada... Hay extralimitación de facultades cuando el gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria, que sólo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignaren la propia ley, excede a la letra y al espíritu de la norma legal"

El decreto reglamentario no puede ser otra cosa que el desarrollo lógico de las disposiciones de la ley que trata de reglamentar. (...)

Ahora bien, con la expedición del Decreto 1887 de 1994 se estableció que el empleador que no afilió al trabajador al ISS con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debe pagar un cálculo actuarial, representado en un título pensional que genera intereses a su cargo y que esos intereses se capitalizan cada año, lo cual no existía en el régimen anterior.

Es decir, lo que hizo el Decreto 1887 al regular el título pensional fue traducir en dinero, con cargo al empleador y sin ninguna justificación técnica ni financiera, una obligación hasta entonces indeterminada, o mejor, una simple expectativa de derecho que tenían los trabajadores en el régimen pensional anterior que había sido expedido bajo la Constitución

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 11 de junio de 2009. Radicado: 1101032500020050034800. Consejero Ponente Dr. Rafael Oustau de Lafont Pianteta.

de 1886, se convirtió en un derecho-obligación cierta. Pues bien, el artículo 2º de este decreto estableció:

Artículo 2º. Valor de la reserva actuarial. El valor correspondiente a la reserva actuarial que de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior debe trasladarse al Instituto de Seguros Sociales, será equivalente al valor que se hubiere debido acumular durante el período que el trabajador estuvo prestando servicios al empleador hasta el 31 de marzo de 1994, para que a éste ritmo hubiera completado a los 62 años de edad si es hombre o 57 años si es mujer, el capital necesario para financiar una pensión de vejez y de sobrevivientes por un monto igual a la pensión de vejez de referencia del trabajador de que trata el artículo siguiente. (Subrayas propias).

El artículo 3º a su vez dispuso:

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

$$\text{Valor de la Reserva Actuarial} = (\text{Pensión de referencia} \times F1 + AF \times F2) \times F3$$

Donde:

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

Y el artículo 4º señala:

Artículo 4º Salario de referencia. Para efectos del artículo anterior, se entiende por salario de referencia el que el trabajador tendría a la edad de 57 años de edad si es mujer o 62 si es hombre. Dicho salario se obtiene de multiplicar el salario base de liquidación por el trabajador a 31 de marzo de 1994, por la relación que exista entre el salario medio nacional a la edad de los 57 años si es mujer o 62 años si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que tenía el trabajador a 31 de marzo de 1994. La tabla de salarios medios nacionales será establecida por el DANE y oficializada por el Gobierno Nacional. (Subrayas propias). (...)

Por otro lado, el artículo 6º dispone:

Artículo 6º Plazo y forma de pago del valor de la reserva actuarial. El valor correspondiente a la reserva actuarial podrá ser cancelado en su totalidad a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del presente Decreto, o estar representado en un pagaré denominado Título Pensional, emitido por la empresa o el empleador dentro del mismo plazo. (Subrayas propias). (...)

Correlativamente, en el 7º de dicho decreto se consagró:

Artículo 7º Interés del título pensional. El título pensional devengará a cargo del empleador un interés equivalente al DTF Pensional, desde la fecha de su expedición hasta la fecha de suredención. Para estos efectos, el DTF Pensional se define como la tasa de interés efectiva anual, de conformidad con correspondiente al interés compuesto de la inflación representada por el IPC, adicionado en tres punto porcentuales anuales efectivos.

Dichos intereses se capitalizarán al final de cada ejercicio anual calendario, con la tasa de interés equivalente al DTF Pensional del respectivo año. Si al momento de capitalizar los intereses correspondientes al primer ejercicio, el período transcurrido desde la expedición es inferior a un año, la tasa de interés equivalente al DTF Pensional se aplicará por el período correspondiente. (...)

Así las cosas, este decreto tradujo a dinero lo que hasta ese momento era solo una incertidumbre pensional en cabeza de los trabajadores y empleadores, creando un pasivo que

deben asumir única y exclusivamente los empleadores, consistente en el pago de una reserva actuarial que se calcula aplicando, respecto de cada trabajador, un salario que no es el real sino uno de referencia, el cual incluye variables, como el salario medio nacional de la edad que debería tener el trabajador al 31 de marzo de 1994 (art. 4) y sobre el valor de esa reserva se obliga al empleador a pagar, a partir de ese momento, un interés compuesto por la tasa de interés efectiva anual representado por el IPC más tres puntos porcentuales anuales efectivos, a lo que se denominó DTF pensional; y sobre ese DTF pensional se capitalizan intereses año tras año.

Con ello, a su vez, se liberó a trabajadores y Gobierno de la obligación de aportar al sistema que también estaba en cabeza de ellos, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley 90 de 1946 que señalaba:

ARTÍCULO 50. La cuota del patrono y la del asegurado en las cotizaciones del seguro de invalidez - vejez, serán iguales. La del Estado se regirá por la norma del artículo 16²⁰. El Instituto proporcionará servicios preventivos y curativos a los asegurados con el fin de evitar o corregir un estado de invalidez y procurará la recuperación o reeducación de los inválidos pensionados

Así pues, con este decreto expedido por el Gobierno Nacional se derogaron las normas legales que regían con anterioridad en materia pensional, lo cual evidentemente no le estaba permitido, pues esta es una materia reservada exclusivamente al Congreso de la República a través de una ley en sentido formal y material, por lo que el Decreto 1887 de 1994 no puede ser fuente de derecho para imponer obligaciones en decisiones judiciales.

2.3.3. Con el Decreto 1887 de 1994 el Ejecutivo está dictando una típica norma de creación de derecho

En un sistema jurídico como el nuestro, el único órgano autorizado para expedir normas primarias, entendidas como aquellas que están inmediatamente después de las de la Constitución y que son verdadera creación de derecho, es el órgano legislativo, sin más restricciones que la propia norma constitucional.

En ese sentido, el Congreso de la República está vinculado negativamente a la Constitución, mientras que los demás órganos del Estado lo están de manera positiva (art. 121 C.P.). En palabras de Javier Pérez Royo²¹:

En efecto, lo que caracteriza a la función legislativa constitucionalmente definida es el hecho de estar atribuida en régimen de monopolio a las Cortes Generales²² (prescindimos de momento del Estado de las Autonomías, que ya veremos en su momento). Nadie, salvo las Cortes Generales, puede dictar normas jurídicas primarias, esto es, normas creadoras de derecho y, por tanto, innovadoras del ordenamiento jurídico.

²⁰ **Artículo 16.** Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero, correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000) o de ciento veinticinco mil pesos (\$ 125.000), tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado podrá contribuir con una parte de la respectiva cuota patronal, cuando sus circunstancias financieras lo permitan y el gobierno así lo determine mediante decreto ejecutivo, previa consulta al Instituto Colombiano de seguros Sociales. En tal caso la contribución del Estado será fijada entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la cuota patronal. Los aportes del Estado se financiarán en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables.

²¹ Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1994. Pág. 475.

²² Órgano legislativo del Estado español. Al respecto, el artículo 66 de la Constitución española señala:

Artículo 66:

1. *Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.*
2. *Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.*
3. *Las Cortes Generales son inviolables.*

Esto es lo que singulariza, ante todo, la posición constitucional de las Cortes Generales. Es el único órgano del Estado que dispone de lo que la jurisprudencia constitucional europea viene denominando libertad de configuración en el mundo del derecho, de tal manera que está vinculado por la Constitución únicamente de manera negativa.

Las Cortes Generales en el uso de la potestad legislativa no ejecutan, pues, la Constitución, no ejecutan una voluntad ajena superior, sino que deciden libremente con base en una libertad propia sin más límites que el respeto del texto constitucional. (...)

Esto es lo que diferencia a las Cortes Generales de todos los demás órganos del Estado en lo que a la creación del derecho se refiere. Las Cortes son libres en la creación del derecho. Tienen el límite negativo de la Constitución, pero positivamente no tienen que buscar el fundamento, el punto de apoyo de su decisión, en una norma superior. Por el simple hecho de existir pueden decidir, en principio, sobre todo. El legislador no tiene por qué interrogarse sobre el fundamento de su actividad, sino únicamente sobre el límite de la misma.

Los demás poderes del Estado, por el contrario, tienen que remontarse, en lo que a creación de derecho se refiere, a una norma superior, a una voluntad ajena. No tienen, por tanto, voluntad propiamente dicha, sino que su voluntad tiene que ser la voluntad del legislador, a los que ellos tienen que dar ejecución en términos generales (Gobierno) o en los casos particulares (Poder Judicial). Para intervenir en el mundo del derecho tienen que identificar antes que nada cuál es la decisión del legislador que les sirve de fundamento. Disponen en esa operación de una mayor o menor discrecionalidad, según esté formulada la voluntad del legislador, pero nunca de libertad de configuración. (Subrayas propias).

Ahora bien, el Decreto 1887 de 1994 se ocupó de regular el tema del título pensional, determinando cómo se calcula su valor, quién lo debe pagar, respecto de qué períodos, quién es su beneficiario, cómo se debe financiar, etc. Se trata por tanto de una verdadera norma de creación de derecho, innovadora dentro del ordenamiento jurídico, pues no existe ninguna ley que se haya encargado de regular lo referente al título pensional o que estableciera el marco para que el Ejecutivo reglamentara la materia. Por tanto, su naturaleza jurídica no es de decreto reglamentario, sino de una verdadera ley.

Tanto es así que, por ejemplo, para el caso de los bonos pensionales, que son el equivalente de los títulos pensionables pero en relación con los servidores del sector público, el legislador concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo para que dentro del término de seis (6) meses expidiera un decreto ley regulando la materia. El artículo 139 de la Ley 100 señala:

ARTÍCULO 139. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. *De conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses contados desde la fecha de publicación de la presente Ley para:*

(...)

5. Dictar las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual.

(...)

En virtud de esta norma, el Gobierno Nacional expidió los Decretos Leyes 656, 1299 y 1314 de 1994 a través de los cuales definió y reguló todo lo concerniente a los bonos pensionables.

Pues bien, aunque como se verá más adelante el Congreso no podía delegar en el Ejecutivo la función de determinar y regular el tema de los títulos y bonos pensionables, ya que es un asunto que por expresa disposición constitucional tiene reserva legal, el hecho de que el legislador haya concedido facultades extraordinarias al Presidente para regular lo referente a los bonos pensionables es una clara muestra de que la regulación de esta materia no es competencia del Gobierno Nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria, sino que corresponde a una función exclusiva del Congreso, por lo que es evidente que con la expedición del Decreto 1887 de 1994 el Ejecutivo suplantó la competencia del Congreso de la República, lo cual se opone por completo a la Constitución Política.

2.3.4. Todo lo relacionado con el derecho a la seguridad social tiene reserva legal

El artículo 48 de la Constitución Política dispone:

ARTICULO 48. *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.* (Subrayas propias).

Como puede verse, por expresa disposición constitucional todo lo relacionado con el desarrollo normativo del derecho a la seguridad social está reservado al Congreso de la República como órgano elegido democráticamente para representar la voluntad popular, por medio de leyes en sentido formal y material.

Ahora, dado que la Ley 100 no reguló qué es el título pensional, no hizo una definición del mismo, no estableció quiénes lo financiaban, no estableció plazos para su pago, no señaló condiciones concretas para su cálculo y estructuración, etc., no podía hacerlo el Ejecutivo a través de una función eminentemente administrativa como lo es la reglamentación, que fue lo que precisamente hizo a través del Decreto 1887 de 1994. Con la expedición de este decreto -que formalmente tiene la apariencia de ser reglamentario-, el Gobierno Nacional lo que hizo fue toda una creación que es de claro contenido legislativo, invadiendo y suplantando con ello la competencia del Congreso para regular estos temas que deviene directamente de Constitución Política. En ese sentido, el Decreto 1887 de 1994 es ostensiblemente contrario a la Carta Política y por ello no puede ser aplicado por los jueces.

2.3.5. Solo el Congreso puede determinar la forma en que se preservará el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones.

En el inciso quinto del artículo 48 constitucional se establece:

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. (Negrillas y subrayas propias).

Así, la competencia para definir la fórmula que garantice la conservación del poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones corresponde exclusivamente al Congreso, sin que le sea dado al Ejecutivo establecerla en ejercicio de su potestad reglamentaria, que fue lo que precisamente hizo a través del Decreto 1887 de 1994, al establecer la fórmula de calcular el título pensional por períodos no cotizados con anterioridad al Sistema General de Seguridad Social en caso de omisión en la afiliación.

Sobre el particular hay que señalar que si bien el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 establece que la forma de trasladar los recursos de los períodos cotizados con anterioridad a dicha ley se hará a través de un cálculo actuarial representado en un título pensional, lo cierto es que no establece la forma en que se debe hacer ese cálculo ni los componentes financieros del mismo, siendo en ese sentido una referencia genérica que no precisa los aspectos a tener en cuenta al momento de realizar dicho cálculo, vacío que no podía ser llenado mediante un decreto reglamentario por ser competencia exclusiva del Congreso.

La Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos ha establecido que aquellas materias que de acuerdo con la Constitución Política tengan reserva legal, no pueden ser regulados por el Ejecutivo a través de una función administrativa como lo es un decreto reglamentario. Así lo dijo, por ejemplo, en la sentencia C-700 de 1999²³ mediante la cual declaró inexistente varios artículos del Decreto 663 de 1993, “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”, más concretamente los artículos que estructuraban el sistema de Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC). En esta decisión se dijo:

En el asunto objeto de estudio, no se remite a duda que el Constituyente quiso sustraer a la influencia y decisión exclusivas del Ejecutivo la regulación de los importantes temas que

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

venían siendo de su privativo resorte, y, por el contrario, entregar al Congreso, por la vía de las leyes "marco", la autoridad suficiente para sujetar, mediante pautas y criterios legislativos -formales y orgánicos-, la futura actividad administrativa del Presidente de la República.

Afirma la Corte que ni siquiera en virtud de decretos con fuerza de ley expedidos en desarrollo de facultades extraordinarias puede ahora el Presidente de la República dictar normas en el campo financiero, bursátil, de seguros o de ahorro, sin que previamente le hayan sido señaladas las pautas, objetivos y criterios mediante ley del Congreso, que constituya el marco de su actividad reguladora. Y ello en virtud de perentorios mandatos superiores. (Subrayas propias).

En efecto, el artículo 150, numeral 19, de la Carta, que sustituyó el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución anterior, incorporó expresamente estas materias dentro del conjunto de las que deben ser tratadas en dos etapas sucesivas por el Congreso y el Gobierno, de la manera expuesta.

Por su parte, el artículo 335 de la Carta Política señala con certidumbre que el ejercicio de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación (y remite expresamente al literal d) del numeral 19 del artículo 150) sólo puede tener lugar "conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito".

Alguien podría preguntar si la expresión "ley", usada en el citado artículo, se refiere únicamente a las leyes en sentido formal y orgánico expedidas por el Congreso o si incluye también los decretos con fuerza de ley dictados por el Ejecutivo, autorizado temporalmente por el legislador ordinario.

Al respecto, debe consultarse no sólo el artículo 150, numeral 19, literal d), en concordancia con el mencionado 335, que reservan para tales efectos la institución de las "leyes marco". sino la tajante prohibición del artículo 150, numeral 10, de la Constitución, que excluye toda posibilidad de que las pautas, objetivos y criterios en la materia estén plasmados en decretos leyes, pues en ese campo el Congreso no puede conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República. (Subrayas propias).

Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corte, pese a la letra de la compilación oficial del texto constitucional de 1991, que remite en la materia al numeral 20 del artículo 150 C.P., para estructurar la prohibición en cuanto al otorgamiento de facultades extraordinarias.

De una parte, la estructura misma del sistema de leyes marco exige la existencia de dos momentos en la actuación estatal, nítidamente diferenciados entre sí, que no pueden coincidir en cabeza de la misma autoridad sino que, por el contrario, deben hallarse distribuidos en el Congreso y el Ejecutivo, cuyas decisiones -generales unas, específicas las otras- se complementen entre sí para alcanzar los fines que la Constitución señala.

(...)

En conclusión, el Gobierno no elaboró los proyectos en la materia aludida -que es la del presente proceso de constitucionalidad-, ni los presentó dentro del término que se le concedía por la norma transitoria (art. 49 transitorio C.P.) y por lo tanto el mecanismo de legislación extraordinaria ya mencionado no podía operar, toda vez que jamás principió a transcurrir el plazo para el Congreso. La iniciación del respectivo término en contra del Congreso exigía que, a su vez, el Ejecutivo hubiese actuado dentro del suyo.

Si ese era el esquema constitucional dentro del cual podía el Gobierno actuar para suscribir la normatividad sobre valor constante, crédito y financiación de vivienda a largo plazo, dentro de los nuevos lineamientos establecidos por la Carta Política de 1991; si no se puso en práctica, como lo ordenó el Constituyente; si no hubo "ley cuadro" dentro de la cual obrara el Ejecutivo; y si, además, las normas marco, por prohibición expresa del artículo 150, numeral 10, Ibídem, no podían estar contenidas en decretos dictados con base en facultades extraordinarias, ya que el Congreso no estaba autorizado para concederlas, surge de bullo la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Todas ellas tratan de manera específica precisamente sobre los asuntos que, al tenor de los artículos 51, 150, numeral 19, literal d); 189, numerales 24 y 25, y 335 de la Constitución, han

debido ser materia de las directrices, objetivos y criterios establecidos por el Congreso para su posterior desarrollo por el Ejecutivo. (Subrayas propias).

Una revisión de los temas abordados por la normatividad enjuiciada permite establecer que su contenido corresponde a una vía constitucional diferente de la que fue usada para ponerlas en vigencia:

Las disposiciones demandadas se refieren a la finalidad que tienen las corporaciones de ahorro y vivienda; el establecimiento de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante, UPAC; las estipulaciones de los contratos sobre constitución de depósitos de ahorro; el otorgamiento de préstamos; las obligaciones en moneda legal y su determinación mediante la aplicación de la equivalencia del UPAC; el deber de las corporaciones de ahorro y vivienda de informar al público sobre la equivalencia en moneda legal de las cantidades en UPAC; el cálculo para su liquidación; el concepto de tasa efectiva para los efectos legales del sistema de valor constante; las modalidades de captación del ahorro de valor constante; las cuentas de ahorro y los certificados de valor constante; los plazos de expedición de tales certificados; las normas aplicables a los depósitos ordinarios; las "cuentas de ahorro especial" y su tratamiento; las prohibiciones y limitaciones a las operaciones de crédito; la capitalización de intereses en este tipo de créditos, y disposiciones complementarias sobre la materia.

Así, pues, todas estas normas sobre las cuales recae el presente análisis constitucional, son la base jurídica del denominado sistema -UPAC-, el cual fue originalmente concebido para captar ahorros del público y otorgar préstamos hipotecarios a largo plazo destinados a la adquisición de vivienda. Las disposiciones acusadas conforman un conjunto normativo destinado a desarrollar ese sistema y, en tal virtud, están intimamente atadas unas a otras, y ello se deduce de su contenido.

Por tanto, el Presidente de la República carecía de competencia para expedirlas; invadió la órbita propia del Congreso de la República; vulneró el artículo 113 de la Constitución y desconoció las reglas previstas en los artículos 51, 150, numeral 19, literal d); 189, numerales 24 y 25, y 335 Ibídem, y, por supuesto, ejerció una representación, a nombre del pueblo, por fuera de los requisitos constitucionales, quebrantando el principio medular del artículo 3 de la Constitución. (Subrayas propias).

Por otro lado, la norma constitucional hace referencia al concepto de poder adquisitivo constante. Con la fórmula establecida en el Decreto 1887 de 1994 el Ejecutivo va más allá de buscar mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones, porque establece un sistema de actualización que es absolutamente gravoso, ya que crea la DTF pensional (IPC+3), tasa de interés que se aplica sobre la reserva actuarial y que cada año se capitalizan esos intereses, sistema que por supuesto va más allá de mantener un poder adquisitivo constante, lo cual lo hace contrario a la Constitución.

Así las cosas, al establecer el Decreto 1887 de 1994 que los intereses que devenga el título pensional se capitalizarán año tras año, desconoce que el anatocismo, como se conoce esta figura, se encuentra prohibido en el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con lo establecido en el artículo 2235 del Código Civil que señala:

ARTICULO 2235. <ANATOCISMO>. Se prohíbe estipular intereses de intereses.

Respecto a la corrección monetaria y a la capitalización de intereses, la Corte Constitucional en la sentencia C-955 del 2000²⁴ dijo:

Que los créditos tengan una tasa de interés remuneratoria no contraviene la Constitución, pues es lícito que el prestamista obtenga un rendimiento. Pero esta Corte estima que sí resulta abiertamente opuesto a la Carta Política que esa tasa de interés no tenga límite alguno y que en ella se vuelvan a incluir los puntos del aumento de la inflación.

En toda tasa de interés debe distinguirse entre lo que, dentro de su cuantía, está llamado a indemnizar al acreedor por la depreciación de la moneda, lo que corresponde a los costos de su actividad y lo que de manera específica tiene que ver con su ganancia en la operación

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-955 del 26 de julio de 2000. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

respectiva, que, para ser constitucional en Colombia, debe ser racional y proporcionada, no usuraria. (Subrayas propias).

En igual sentido, en la sentencia C-383 de 1999²⁵ la Corte Constitucional declaró inconstitucional la actualización monetaria que incluye las tasas de interés, pues ello desbalancea la relación entre acreedor y deudor y vuelve la obligación excesivamente onerosa. Dijo la Corte:

4.7. Por ello, a juicio de la Corte al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del Derecho, es decir opuesto a la "vigencia de un orden justo", como lo ordena el artículo 2º de la Constitución. (Subrayas propias).

Se puede concluir entonces que, i) la capitalización de intereses se encuentra prohibido en Colombia; ii) la actualización o corrección monetaria de las deudas es un asunto necesario para evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo, pero iii) esta debe hacerse con criterios de justicia y equidad, pues incluir la variación de las tasas de interés o DTF en el cálculo de dicha corrección, implica que se adicione el precio de la utilización de la moneda, desequilibrando de esta manera la relación entre deudor y acreedor; iv) el cálculo de la actualización del poder adquisitivo de la moneda al que se le incluye el comportamiento de las tasas de interés o DTF, genera que en la actualización del valor de la deuda se cobren intereses sobre intereses, lo cual está prohibido por el artículo 2235 del Código Civil.

En síntesis, si bien la corrección monetaria de las deudas es necesaria para preservar el poder adquisitivo del dinero, en este cálculo no pueden incluirse variables que contemplen el costo del uso del dinero, como lo es el cobro de intereses sobre intereses, pues ello resulta inequitativo y desequilibra la relación del deudor y el acreedor, lo cual atenta contra la vigencia de un orden social justo.

Como conclusión a todo lo anterior, cuando la Constitución establece reserva legal de una materia determinada, no puede el ejecutivo regularla vía decreto reglamentario, sino que debe hacerse a través de una ley en sentido formal y material, expedida por el Congreso de la República como órgano que representa la voluntad del pueblo, elegido democráticamente. De esta manera, al no existir ley que regule la metodología para hacer el cálculo actuarial y para determinar el valor del título pensional de que habla el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 100, no podía el Presidente hacerlo mediante reglamentación, que fue lo que hizo a través del Decreto 1887 de 1994. De igual manera, no podía el Presidente establecer que los intereses del título pensional al que se refiere el artículo 7º del citado decreto se capitalizarán año tras año, pues esta es una práctica que es contraria al ordenamiento jurídico. Al hacerlo, desbordó su potestad reglamentaria e invadió la competencia que es única y exclusiva del legislador, lo cual es abiertamente inconstitucional y por ello no puede ese decreto servir de fundamento de una decisión judicial, como la que hoy se cuestiona con esta acción de tutela.

2.3.6. Es competencia exclusiva del Congreso establecer contribuciones parafiscales

El numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política señala:

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
 (...)
 12. *Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.*
 (...)

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. A través de esta decisión se declaró inexistente la expresión "procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía", contenida en el literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992.

Los aportes al Sistema General de Seguridad Social (salud, pensiones y riesgos profesionales) tienen la connotación de ser parafiscales. Así lo ha establecido la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos. Por ejemplo, en sentencia C-805 de 2001, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, se dijo:

Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal. (Subrayas propias).

A través del Decreto Reglamentario 1887 de 1994 el Presidente de la República está estableciendo una contribución parafiscal a cargo del empleador que no afilió a los trabajadores al ISS con anterioridad a la vigencia de la Ley 100, al determinar que deberá pagar intereses correspondientes al DTF pensional con capitalización de estos cada año, materia que no está regulada en el artículo 33 de la Ley 100 ni en ninguna otra norma expedida por el Congreso, materia reservada al órgano legislativo tal como lo establece el artículo 150, numeral 12 de la Constitución. En definitiva, al ser el título pensional una contribución parafiscal, el artículo 150, numeral 12 de la Constitución señala que debe ser regulada por el Congreso de la República, no a través de la potestad reglamentaria.

Por todo lo dicho, con la expedición del Decreto 1887 de 1994 se presenta una clara extralimitación de funciones por parte del Ejecutivo, siendo este abiertamente contrario a la Constitución Política, motivo por el cual debe ser inaplicado de conformidad con el artículo 4º constitucional.

2.4. CON EL FALLO OBJETO DE LA PRESENTE ACCIÓN SE ESTÁ APLICANDO UNA NORMA DE MANERA RETROACTIVA, LO CUAL ESTÁ PROSCRITO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Uno de los pilares fundamentales de todo ordenamiento jurídico es el principio de la irretroactividad de la ley, según el cual a ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia, es decir, rige hacia el futuro. En palabras de la Corte Constitucional, este principio “*es consustancial a la idea misma del derecho en una sociedad democrática, pues la regulación social a través de normas jurídicas pretende dirigir la conducta de personas libres, por lo cual es necesario que los individuos conozcan previamente las normas para que puedan adecuar sus comportamientos a las mismas. Una aplicación retroactiva de una ley rompe entonces no sólo la confianza de las personas en el derecho, con lo cual se afecta la buena fe sino que, además, desconoce la libertad y autonomía de los destinatarios de las normas, con lo cual se vulnera su dignidad*”²⁶.

Con la promulgación de la Constitución Política de Colombia se creó el Sistema de Seguridad Social, desarrollado normativamente con la expedición de la Ley 100 de 1993. Por su parte, con la expedición del Decreto 1887 de 1994, reglamentario del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional estableció la forma de calcular el título pensional que debe pagar el empleador que no afilió a sus trabajadores al ISS con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social y de esta forma monetizar unas obligaciones anteriores a la Ley 100 de 1993, con lo cual se desconoce de forma grosera el principio de irretroactividad de las normas, tal como se pasa a exponer.

La Ley 100 de 1993, a través de la cual se creó el Sistema General de Seguridad Integral, entró a regir el 23 de diciembre de 1993. En cuanto a los efectos de esta ley, especialmente en lo que respecta a la obligación de los empleadores de trasladar la reserva actuarial por los períodos cotizados con anterioridad a esta fecha, la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2001²⁷, estudiada en los capítulos anteriores, sostuvo:

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

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

(...)

Ahora bien, solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma, para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida. (Negrillas y subrayas propias).

Ahora, con el fallo objeto de la presente acción no sólo se desconoce este pronunciamiento de la Corte Constitucional que, como se explicó, hizo tránsito a cosa juzgada absoluta, sino que se está aplicando a los empleadores una norma de forma retroactiva, la cual por demás resulta sumamente gravosa y desproporcionada, como se expondrá a continuación.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

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

(...)

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

(...)

A su vez, el Decreto 1887 expedido el 3 de agosto de 1994, que reglamentó el referido inciso, estableció que regiría para aquellos casos en que el trabajador tuviera contrato laboral vigente al 23 de diciembre de 1993²⁸, fecha en la cual entró a regir la Ley 100; y adicionalmente señaló que el título pensional devengaría intereses a cargo del empleador y que estos intereses se capitalizarían año tras año²⁹, obligación que no existía en el régimen pensional anterior que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

²⁸ **Artículo 1º Campo de aplicación.** El presente Decreto establece la metodología para el cálculo de la reserva actuaria o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

²⁹ **Artículo 7º Interés del título pensional.** El título pensional devengará a cargo del empleador un interés equivalente al DTF Pensional, desde la fecha de su expedición hasta la fecha de su redención. Para estos

Sobre este punto debe tenerse en cuenta que la normatividad existente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 establecía que en caso de que los empleadores no afiliaran a sus trabajadores al ISS debían reconocer la pensión en los mismos términos en que la hubiera tenido que reconocer dicho instituto si se consolidara el derecho.

Pues bien, el artículo 70 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 de 1989, señalaba:

ARTÍCULO 70

«...el patrono que no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derechohabientes, las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar...»

Y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, señalaba:

ARTÍCULO 41

«...cuando un patrono no afilie a un trabajador deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS en el caso de que lo hubiere afiliado.»

La propia Ley 100 de 1993 estableció que sus efectos serían hacia el futuro y que con el fin de no desconocer expectativas de derechos de las personas que hasta esa fecha las tuvieran, se establecería un régimen de transición. El artículo 289 señala:

ARTÍCULO 289. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. *La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen. (Subrayas propias).*

Teniendo en cuenta que para acceder al derecho a la pensión se requiere del transcurso de un largo tiempo, esta ley consagró un régimen de transición con el fin de no desconocer las expectativas que a la entrada en vigencia de la ley tuvieran las personas que venían cotizando bajo los regímenes anteriores. Al respecto, el artículo 36 de esta ley estableció:

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

Así las cosas, es lo claro que en ninguna parte de la Ley 100 de 1993 se consagró que sus efectos serían retroactivos, sino todo lo contrario. Fue entonces el Decreto 1887 de 1994 que

efectos, el DTF Pensional se define como la tasa de interés efectiva anual, de conformidad con correspondiente al interés compuesto de la inflación representada por el IPC, adicionado en tres puntos porcentuales anuales efectivos.

Dichos intereses se capitalizarán al final de cada ejercicio anual calendario, con la tasa de interés equivalente al DTF Pensional del respectivo año. Si al momento de capitalizar los intereses correspondientes al primer ejercicio, el período transcurrido desde la expedición es inferior a un año, la tasa de interés equivalente al DTF Pensional se aplicará por el período correspondiente.

reguló las obligaciones pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, convirtiéndolas en títulos pensionales, lo que hace que ese decreto tenga en sí efectos retroactivos.

Por tanto, con la aplicación del Decreto 1887 de 1994 se desconocen los principios de irretroactividad de la ley, buena fe y confianza legítima que rigen nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual la presente acción de tutela está llamada a prosperar.

2.5. LA FÓRMULA CONTENIDA EN EL DECRETO 1887 DE 1994 PARA CALCULAR EL VALOR DEL TÍTULO PENSIONAL ES EN SÍ MISMA SANCIÓNATORIA

El artículo 7º del Decreto 1887 de 1994 establece:

Artículo 7º Interés del título pensional. El título pensional devengará a cargo del empleador un interés equivalente al DTF Pensional, desde la fecha de su expedición hasta la fecha de su redención. Para estos efectos, el DTF Pensional se define como la tasa de interés efectiva anual, de conformidad con correspondiente al interés compuesto de la inflación representada por el IPC, adicionado en tres puntos porcentuales anuales efectivos.

Dichos intereses se capitalizarán al final de cada ejercicio anual calendario, con la tasa de interés equivalente al DTF Pensional del respectivo año. Si al momento de capitalizar los intereses correspondientes al primer ejercicio, el período transcurrido desde la expedición es inferior a un año, la tasa de interés equivalente al DTF Pensional se aplicará por el período correspondiente.

(...)

En caso de incumplimiento del pago del título pensional se pagará un interés moratorio equivalente al doble del previsto en el presente artículo, sin exceder el límite establecido en la legislación comercial. (Negrillas y subrayas propias).

Con la aplicación del Decreto 1887 de 1994 se le está imponiendo a la sociedad que representa una carga excesivamente gravosa, pues no solo la obliga a pagar intereses por una obligación de más de 30 años, sino que tiene que pagar intereses sobre intereses, lo que implica *per se* una sanción para el empleador, aunque la Corte Suprema de Justicia sostenga, en el fallo objeto de esta acción de tutela, que la obligación de reconocer los períodos trabajados por el demandante anteriores a la Ley 100 no tiene efectos sancionatorios.

Pero la verdad es que dado que en el título pensional se capitalicen intereses año tras año lo hace sancionatorio en sí mismo. Sobre el carácter inequitativo de la capitalización de intereses, la Corte Constitucional en sentencia C-383 de 1999³⁰, sostuvo:

4.5. Es decir, la actualización a valor presente de las obligaciones dinerarias contraídas a largo plazo con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda, no vulnera por sí misma la Constitución. Con ello se mantiene el equilibrio entre acreedor y deudor, pues quien otorga el crédito no verá disminuido su valor, ni el adquirente de la vivienda y deudor hipotecario la cancelará en desmedro del poder adquisitivo de la moneda cuando se contrajo la obligación.

4.6. Encuentra la Corte que el artículo 16, literal f) de la Ley 31 de 1992, en cuanto establece que corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, la atribución de "fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía", implica que la corrección monetaria se realice incluyendo en ella la variación de las tasas de interés en el mercado financiero, lo cual conduce a que se introduzca para el efecto un nuevo factor, el de rendimiento del dinero, es decir los

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Mediante esta sentencia se declaró inexequible la expresión "procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía", contenida en el literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, "Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los estatutos del banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los fondos de Fomento que administra el banco y se dictan otras disposiciones"

réritos que este produce, que resulta ajeno a la actualización del valor adquisitivo de la moneda, pues, como se sabe son cosas distintas el dinero y el precio que se paga por su utilización, el cual se determina por las tasas de interés.

4.7. Por ello, a juicio de la Corte al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del Derecho, es decir opuesto a la "vigencia de un orden justo", como lo ordena el artículo 2º de la Constitución. (Subrayas y negrillas propias).

De igual manera, en la sentencia C-747 de 1999³¹ la Corte Constitucional reafirmó lo planteado en la sentencia C-383 de 1999³² frente a la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses. Dijo la Corte:

Y, en la misma Sentencia ya mencionada, se agregó luego que el equilibrio de las prestaciones entre la entidad crediticia prestamista y el deudor se altera en desmedro de éste último, cuando "a los intereses de la obligación se les capitaliza con elevación consecuencial de la deuda liquidada de nuevo en Unidades de Poder Adquisitivo Constante que, a su turno, devengan nuevamente intereses que se traen, otra vez, a valor presente en UPAC para que continúen produciendo nuevos intereses en forma indefinida", lo cual, como salta a la vista, quebranta, de manera ostensible el artículo 51 de la Constitución, pues, ello desborda la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda, lo cual resulta, además, "contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del derecho, es decir opuesto a la "vigencia de un orden justo", como lo ordena el artículo 2º de la Constitución". (Subrayas y negrillas propias).

De las sentencias citadas se puede extraer que si bien es cierto que la actualización o corrección monetaria de una deuda es un asunto necesario para evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo, también lo es que la corrección monetaria debe hacerse con criterios de justicia y equidad. Establecer capitalización de intereses sobre la variación del interés o DTF pensional implica el desequilibrio de las relaciones deudor-acrededor, ya que esta variable no tiene que ver con la inflación ni la pérdida de poder adquisitivo, sino con el uso mismo del dinero, ocasionando el aumento desmedido del capital del crédito, lo cual es inconstitucional y atenta contra la vigencia de un orden justo, que es precisamente lo que ocurre en el caso concreto con la aplicación del artículo 7º del Decreto 1887 de 1994 que contempla la capitalización de intereses del título pensional a cargo del empleador.

En ese sentido, al haberse ordenado en el fallo objeto de la presente acción que la sociedad que represento debe pagar el título pensional por el periodo comprendido entre el 26 de mayo de 1986 al 27 de enero de 1992 a favor del señor José Marcial Murillo, se está rompiendo ostensiblemente el equilibrio entre deudor-acrededor, ya que tal como lo muestra el dictamen pericial que se aporta como prueba, el capital que debía asumir la sociedad Finca Cibeles S.A. por ese periodo, calculado al año 2020 con la fórmula del Decreto 1887 de 1994, se incrementa en **27.7 veces vs aportes indexados o 7.11 veces el pago de aportes más Rentabilidad de fondos de Pensiones**, lo cual a todas luces es contrario al ordenamiento

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-747 del 6 de octubre de 1999. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. A través de esta sentencia se declararon inexequibles el numeral tercero del artículo 121 del Decreto Ley 0663 de 1993, así como la de la expresión "que contemplen la capitalización de intereses" contenida en el numeral primero de la norma en mención, únicamente en cuanto a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo, inexequibilidad cuyos efectos se definieron hasta el 20 de junio del año 2000, como fecha límite para que el Congreso expediera la ley marco correspondiente.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Mediante ella se declaró inexequible la expresión "procurando que ésta refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía", contenida en el literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, *Por la cual se dictan Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones*".

jurídico. Una obligación como estas es abiertamente desproporcional e inequitativa que, por demás, es absolutamente impagable.

Siendo esto así, es evidente que el Decreto 1887 de 1994 no puede ser aplicado por los jueces y por ello la presente acción de tutela está necesariamente llamada a prosperar.

2.6. EL DECRETO 1887 DE 1994 ES ARBITRARIO

Cuando se habla de una decisión arbitraria se hace referencia a que determinado sujeto, haciendo uso de su arbitrio (capacidad de decidir), adopta una decisión sin más justificación que su querer o voluntad. La naturaleza misma de este tipo de decisiones hace que en un Estado de Derecho como el nuestro no tengan cabida.

El Decreto 1887 de 1994 es absolutamente arbitrario, porque, como acto administrativo que es, carece por completo de la motivación necesaria en la cual diera claridad técnica y financiera para la creación del DTF pensional al que su artículo 7º³³ y la necesidad y autorización legal para capitalizar intereses; la determinación de cuáles obligaciones contenidas en el régimen anterior son las que se están remplazando o adaptando con esta normatividad; por qué es necesario crear la reserva legal y el porqué de sus componentes; de dónde sale el salario base de cotización; de dónde deviene la facultad del Presidente para crear la fórmula de calcular el valor del título pensional, cuando no existe una ley que determine las pautas o criterios generales de cómo se debe hacer ese cálculo, tal como lo establece la Constitución Política; de dónde surge la necesidad de que sea esta la fórmula a aplicar y no otra; por qué se hace extensiva esta normatividad y se establecen obligaciones a cargo de empleadores que se regían por normas anteriores a la Constitución Política de 1991, a la Ley 100 de 1993 y al propio Decreto 1887 de 1994; por qué a los empleadores de las zonas donde no había cobertura del ISS se les obliga a pagar con base en esta normatividad sin consideración, además, a los factores que impidieron la afiliación de los trabajadores a dicho instituto, esto es, una justificación que en términos de justicia se correspondiera con los hechos que está regulando, etc. Un decreto reglamentario no puede crear toda una normatividad tan sensible, costosa, sin que expresara los fundamentos de hecho y de derecho.

Respecto a la motivación de los actos administrativos, la doctrina ha reconocido la importancia de este elemento como factor de control de los actos de la administración. Así, la doctrina española ha señalado que la falta de motivación causa indefensión, por lo cual la

³³ **Artículo 7º Interés del título pensional.** El título pensional devengará a cargo del empleador un interés equivalente al DTF Pensional, desde la fecha de su expedición hasta la fecha de suredención. Para estos efectos, el DTF Pensional se define como la tasa de interés efectiva anual, de conformidad con correspondiente al interés compuesto de la inflación representada por el IPC, adicionado en tres punto porcentuales anuales efectivos.

Dichos intereses se capitalizarán al final de cada ejercicio anual calendario, con la tasa de interés equivalente al DTF Pensional del respectivo año. Si al momento de capitalizar los intereses correspondientes al primer ejercicio, el período transcurrido desde la expedición es inferior a un año, la tasa de interés equivalente al DTF Pensional se aplicará por el período correspondiente.

En el último año de vigencia del título, se aplicará la tasa de interés equivalente al DTF Pensional que rija en ese año, durante el tiempo transcurrido entre el primer día de dicho ejercicio y la fecha de redención del bono.

El DTF Pensional se calculará de conformidad con la siguiente fórmula:

$$\text{DTF Pensional} = (1+\text{INFT}/100) \times (1+0.03)$$

Donde

INFT= Variación anual del Índice de Precios al Consumidor calculado por el DANE correspondiente al año calendario inmediatamente anterior.

En caso de incumplimiento del pago del título pensional se pagará un interés moratorio equivalente al doble del previsto en el presente artículo, sin exceder el límite establecido en la legislación comercial.

presencia de este vicio origina la anulabilidad del acto administrativo. Al respecto, José María Boquera Oliver³⁴ señala:

“La motivación es la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo³⁵. Los motivos por los cuales se toman las decisiones administrativas son variadísimos: Fenómenos de la naturaleza; conductas humanas; intenciones; datos legislativos, ...”

La motivación -dice la Sentencia de 21 de marzo de 1968, Sala 4.^a- no sólo tiene por finalidad conocer con mayor certeza y exactitud la voluntad manifestada, sino que debe considerarse encaminada, primordialmente, a hacer posible el control o fiscalización jurisdiccional de los actos de la Administración, estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el Derecho aplicable y la decisión adoptada...>>. También, son finalidades de la motivación, dice De La Vallina, J.L.³⁶, <<asegurar la más recta y adecuada decisión e informar a la opinión pública>>.

(...)

Como la Ley exige que se motiven determinados actos administrativos y la falta de su motivación puede originar la indefensión de sus destinatarios o la carencia en el acto de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, en aplicación del artículo 48, 2, de la LP, la jurisprudencia declara que la falta de motivación origina la anulabilidad de los actos que deben ser motivados.³⁷”

Así mismo, José Antonio García – Trevijano Fos ha dicho que la motivación de los actos administrativos obedece a la aplicación del principio de legalidad. Por ello, la omisión de este requisito trae como resultado la ilegalidad del acto por violación en la interpretación, por error en la constatación de los hechos y por error de Derecho³⁸. Textualmente señala:

“¿Cuál es la función de la motivación? Es esencial. Su mención permite desenmascarar un posible vicio de desviación de poder, y además sirve a la propia Administración, ya que facilita a los órganos subalternos la aplicación correcta de la Ley en casos similares. Por ello, se ha afirmado (Stassinopoulos), que la motivación debe imponerse en virtud del principio de legalidad. Para este autor deben motivarse los siguientes actos:

- a) Los que suprimen una situación ya creada, como revocaciones y anulaciones.*
- b) Actos que impliquen un cambio de la práctica usualmente seguida por la Administración.*
- c) Los contrarios a las pruebas documentales en el dossier.*
- d) Cuando la Ley determina de forma limitativa las razones por las cuales la emisión de un acto es autorizado, debe motivarse el acto que se dicte.*
- e) La obligación de motivar no se sobreentiende con la utilización del argumento <<a contrario>>; así, cuando la Ley establece que la denegación de un permiso para instalar una fábrica debe ser motivada, el acto otorgando el permiso no queda exento de la obligación de motivar.*
- f) Cuando se crean situaciones desfavorables para los administrados o excepcionales (retroactividad de un acto administrativo).*

Junto a los principios invocados sobre la funcionalidad de la motivación no puede olvidarse un aspecto importante: sirve para la interpretación de la norma aplicada, para la constatación de los hechos y para su calificación jurídica. Su infracción conduce a la ilegalidad por violación en la interpretación, por error en la constatación de los hechos y por error de Derecho.”

³⁴ Boquera Oliver, José María. *Estudios sobre el acto administrativo*. Editorial Civitas, S.A., Madrid (España), 1988, pp 253, 257.

³⁵ La apreciación en su conjunto de los motivos del acto la denominábamos causa del acto administrativo. Véanse págs. 75 y 169 de este libro.

³⁶ *La motivación del acto administrativo*, EA, Madrid, 1967, páginas 41 y 76.

³⁷ Sentencias de 20 de octubre de 1967, Sala 3.^a, y 29 de septiembre de 1970, Sala 4.^a.

³⁸ García – Trevijano Fos, José Antonio. *Los actos administrativos*. Editorial Civitas, S.A., Madrid (España), 1991, pp 151, 152.

De igual manera, el Consejo de Estado se ha ocupado de la materia en varios de sus pronunciamientos. Por ejemplo, en sentencia del 2 de junio de 2020³⁹ señaló:

“Bajo la vigencia del Código Contencioso Administrativo, que en su artículo 35 establecía la obligación de motivar “al menos de forma sumaria” los actos que afectaran a los particulares, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de dicha norma, por considerar fundamentalmente que:

“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad. Por eso, lo que en realidad consagran las normas acusadas es -contra la tesis del demandante- una obligación de motivar y de ninguna manera una autorización para abstenerse de hacerlo”⁴⁰.

En la actualidad, el CPACA prevé que, en el procedimiento administrativo común y principal, la decisión, así como el acto con el que se resuelvan los recursos interpuestos serán motivados (artículo 34, 42 y 80). Como elemento del ordenamiento jurídico, el acto administrativo deriva su validez de una norma superior, en la que se determinan sus fundamentos y fines⁴¹ —que deben corresponder a las consideraciones que lo motivaron⁴²— así como el organismo o funcionario competente, y la forma de su expedición. Así, con fundamento en normas jurídicas, la administración participa en el proceso de construcción escalonada del Derecho⁴³, en el que la constitución, la ley e incluso actos administrativos superiores van determinando un curso de acción, que por lo regular va de una concepción jurídica general, hasta la concreción e individualización de la actuación, que presupone un acto administrativo cuando conlleve la creación, modificación o extinción de una situación jurídica.

De esta forma, como expresión del principio de legalidad y garantía contra la arbitrariedad⁴⁴, resulta indispensable motivar el acto administrativo como presupuesto material, esto es, “reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge”⁴⁵, lo que implica la fijación de unos hechos, que constituyen el supuesto fáctico de la norma jurídica en que la actuación se apoya, así como una exposición de las razones por las que se justifica la decisión adoptada, conforme a los fines definidos en la ley⁴⁶.

³⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Diecisiete Especial de Decisión. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas , 2 de junio de 2020, radicación número 11001-03-15-000-2020-01392-00(CA)A.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-371 de 1999.

⁴¹ Artículo 44 CPACA. “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

⁴² CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 42. “Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada”. Artículo 80. “Vencido el período probatorio, si a ello hubiere lugar, y sin necesidad de acto que así lo declare, deberá proferirse la decisión motivada que resuelva el recurso. || La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas y las que surjan con motivo del recurso”.

⁴³ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, 15^a edición, Porrúa, Buenos Aires y Ciudad de México, 2009, pp. 232 a 243. ROSS, Alf, Teoría de las Fuentes del Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999 (reimpresión 2007), pp. 440 a 491.

⁴⁴ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 5^a edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 222223.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERÁNDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 15^a edición, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 291.

⁴⁶ Ibídem y, en sentido similar: CASSAGNE, Juan Carlos, El Acto Administrativo: Teoría y régimen jurídico, Temis, Bogotá, 2014, pp. 191-195.

La motivación permite, en consecuencia, determinar si se dieron, o no, los supuestos de hecho exigidos por la norma, así como la razonabilidad de su interpretación y la adecuación de la decisión a los fines perseguidos⁴⁷. Se erige así como un requerimiento que, al delinear los contornos de la validez del acto, define su control por vía administrativa o jurisdiccional, por lo que es a partir de lo expresado en la motivación que se determina la procedencia del medio de control inmediato de legalidad, previsto en los artículos 146 y 185 del CPACA y 20 de la Ley 137 de 1992. Debe pues, de acuerdo con lo establecido en dichas disposiciones, manifestarse de forma expresa en la motivación del acto, que con él se reglamenta o desarrolla un decreto legislativo, para que el control de legalidad inmediato sea procedente, como lo ha considerado esta Corporación⁴⁸.

Ahora, el Decreto 1887 de 1994 fue expedido en vigencia del Decreto 01 de 1984 –Código Contencioso Administrativo- el cual señalaba en su artículo 84 lo siguiente:

“ARTÍCULO 84. Modificado por el art. 14, Decreto Nacional 2304 de 1989 Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.
Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.” (Negritas y subrayas propias).

Como puede observarse, la expedición irregular del acto administrativo constituía un vicio formal que afectaba directamente la validez del acto, el cual se materializaba al momento que el funcionario expedía el acto administrativo sin motivación. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia del 07 de marzo de 2013⁴⁹, analizó el alcance del referido artículo 84, señalando que la falta de motivación del acto administrativo configuraba el vicio de expedición irregular. Textualmente dijo:

Ahora bien, la falta de motivación, bien puede interpretarse como el vicio formal denominado expedición irregular⁵⁰, que particularmente acontece cuando se emite el acto administrativo sin sujeción a un procedimiento y a unas fórmulas determinadas; referido no solo a su mera condición exterior, sino a la inobservancia de las exigencias expresas de la ley para ciertos actos, como cuando aquella ordena que sea adoptado únicamente por escrito o con expresión de los motivos, vale decir, con motivación explícita y obligatoria⁵¹.

En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-371 de 1991⁵² reiteró que todos los actos administrativos deben estar motivados como requisito esencial para su validez, con excepción de aquellos que por ley estén expresamente excluidos de tal requisito. Dijo la Corte Constitucional:

“Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. **Y, si los hubiere, carecen de validez**, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable

⁴⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV, Iustel, Madrid, pp. 61 y 62.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala Especial de Decisión Diez, sentencia del 11 de mayo de 2020, rad. núm. 11001-0315-000-2020-00944-00, fundamento jurídico 2.5. En sentido similar: Sala Especial de Decisión Veintiséis, auto del 3 de abril de 2020, rad. núm. 11001-03-15-000-2020-00992-00.

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12), 07 de marzo de 2013, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

⁵⁰ El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla los vicios **formales**: de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y **expedición irregular** y como **vicios materiales**: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

⁵¹ GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo. Derecho Administrativo. Bogotá D.C: ABC Editores Librería Ltda., 2004, p. 406.

⁵² Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-371/99 de fecha 26 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada.(Negritas y subrayas propias).

En conclusión, dado que el Decreto 1887 de 1994 carece por completo de motivación, es un acto arbitrario que atenta contra los principios del Estado de Derecho y por tanto no puede ni siquiera ser aplicado, y como fue aplicado en la sentencia objeto de esta acción de tutela, entonces estamos frente a una vía de hecho.

2.7. LOS EMPLEADORES BANANEROS DE LA REGIÓN DE URABÁ ESTUVIERON ANTE UNA IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE AFILIAR SUS TRABAJADORES AL ISS – EXISTENCIA DE FUERZA MAYOR

Con la aplicación retroactiva del Decreto 1887 de 1994 y la sanción para el empleador que esto conlleva, se desconoce además la situación particular y concreta que se presentó en la región de Urabá en la década de los 80 y principio de los 90, que imposibilitó que los empleadores bananeros de esa zona afiliaran a sus trabajadores al ISS una vez fueron llamados a inscripción obligatoria.

A pesar de que en el fallo objeto de la presente acción la Corte Suprema reconoce que la sociedad Finca Cibeles S.A. estuvo ante una imposibilidad de realizar la afiliación de los trabajadores al ISS, desechó el argumento presentado por el apoderado judicial de dicha entidad referente a la imposibilidad a la que se enfrentaron los empresarios del sector bananero en la región de Urabá de realizar las afiliaciones de sus trabajadores al ISS una vez esta zona fue llamada a inscripción obligatoria, esto es, a partir del 1° de agosto de 1986.

Dijo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia objeto de la presente acción:

Tanto en el primero como en el segundo cargo, el recurrente acude a invocar la “fuerza mayor” como eximente de responsabilidad de la empresa, respecto de la obligación pensional consistente en no reconocer los tiempos trabajados por el actor a su servicio y que se acumulan para acreditar el cumplimiento de los años de servicio o semanas de cotización para acceder al beneficio prestacional de la pensión de jubilación o de vejez.

Sin embargo, el análisis que plantea la sensura resulta equivocado, al pretender extender figuras propias del derecho privado, a obligaciones de la seguridad social que tienen otra clara naturaleza jurídica y que no pueden ser comparadas o someterse a las reglas tradicionales de derecho civil sobre eximenes de responsabilidad, por la dimensión superior y especial que involucra las que gobiernan la seguridad social y los principios que la iluminan, tales como la dignidad humana, la solidaridad, la seguridad y protección social y que propenden por la protección del trabajador y del individuo. (Subrayas propias).

No puede desconocerse la realidad que se vivió en el Urabá antioqueño en la época en que esa zona fue llamada a inscripción al ISS, realidad que es completamente diferente a la de hoy, cuando se está condenando a los empleadores a pagar unos cálculos actuariales por los períodos comprendidos entre 1986 y 1994, los cuales como se dijo son absolutamente gravosos. Por eso es tan conveniente ubicarnos en ese momento tempo-especial, con el fin de analizar la situación de orden público que se presentó en esa zona y que impidió que los empleadores cumplieran con la obligación de afiliación.

Pues bien, por solicitud de varios sectores de la región, principalmente por las asociaciones sindicales del gremio bananero, mediante la Resolución 2362 de 1986 el ISS llamó a inscripción obligatoria a los municipios de Chigorodó, Apartadó, Carepa y Turbo a partir del 1° de agosto de 1986.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de los empresarios bananeros por hacer efectiva la afiliación de los trabajadores entre los años 1986 y 1994, se encontraron ante una coyuntura que les fue imposible resistir y que impidió que se pudiera culminar el proceso de afiliación.

Dicha coyuntura estuvo dada, por un lado, por la incapacidad del Estado de hacer presencia en aquella zona que estaba regida por actores armados y en donde imperaba una forma paraestatal que tenía sumida a esa región en una cruda situación de violencia; y de otro, a que

desde ese momento los sindicatos Sintagro y Sintrabanano impidieron la inscripción de los trabajadores, ya que el llamado a inscripción que hizo el ISS fue solamente para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), dejando sin cobertura los de accidente de trabajo y enfermedad profesional (ATEP) y los de enfermedad general y maternidad (EGM).

Sobre el contexto en que se presentó esta imposibilidad de afiliación, Carlos Miguel Ortiz y Mario Agudelo, en su trabajo *EL DEBATE SOBRE LA ADSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES BANANEROS AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y PENSIONES (1986-1994)* el cual se anexa, señalan:

1.b. Los actores irregulares del conflicto armado en la década de los 80s y su injerencia en el ámbito de lo laboral.

En las condiciones descritas en el cuadro anterior, actores como las organizaciones guerrilleras van poco a poco copando los espacios de debilidad o vacío de Estado y de poca institucionalización de las relaciones laborales.

Nos referimos especialmente a las FARC, desde 1973 con el V Frente; al EPL, más decididamente desde 1979 con la columna “Naín Piñeros Gil”, desertora de las FARC; y en menor presencia al ELN, especialmente su “Corriente de Renovación Socialista”.

A partir de 1984, a la sombra de las negociaciones con la Comisión de Paz nombrada por el Presidente Belisario Betancur y firmados los Acuerdos del 28 de marzo con las FARC y del 24 de agosto con el EPL, estas dos guerrillas se empoderaron, pues desde esas fechas y en el transcurso de las negociaciones, pudieron hacer política (incluida la política sindical) en Urabá como en muchas otras partes, sin haber dejado las armas.

Entonces se libraron allí a una disputa por territorios y poblaciones, entre las cuales estaba en primera línea la población de los trabajadores.

Esa disputa, que ponía en el centro el objetivo de la conquista sindical como quiera que la sola población de trabajadores bananeros directos de las fincas llegaba en 1987 a la cifra de 12.283 según Fernando Botero H., a 13.424 en 1988 según Augura, generó bastantes homicidios y algunas desapariciones forzadas: a veces provenientes de victimarios contrainsurgentes, que embistieron contra los dirigentes o activistas de los dos sindicatos vinculados con las guerrillas; a veces provenientes de una guerrilla contra los afiliados del sindicato cercano a la otra. El sindicato cercano a las FARC era Sintrabanano y el sindicato en el cual los propios cuadros del partido armado PCML (partido del EPL) eran cuadros sindicales, fue Sintagro.

En medio de mucha violencia, tanto contra trabajadores como contra administradores y capataces y contra la infraestructura de las empresas, la adscripción a esos dos sindicatos creció en un corto tiempo de manera exponencial: baste decir que Sintagro pasó de 147 miembros a 4.500 en solo seis meses, entre agosto de 1984 (mes del Acuerdo del gobierno con el EPL) y febrero de 1985; a 6.730 en 1987 y a 8.133 (el 60% del total de trabajadores directos) en 1988. Y Sintrabanano llegó a 1.685 miembros en 1987 y a 2.647 (el 19.7% del total) en 1988. A estas cifras hay que agregar las de adscripciones a los sindicatos menores (2.026). En 1987 solamente 1.842 trabajadores directos (el 15% del total) no pertenecían a ningún sindicato.

A la par con el insólito crecimiento de los sindicatos, crecieron las movilizaciones, huelgas y paros dirigidos por éstos y las convenciones colectivas firmadas entre patronos y trabajadores; “de dos convenciones que se habían firmado en 1983 y 13 en 1984, se pasó a 154 convenciones en 1985, año en el cual 91.8% de las fincas las firmaron”.

Suspendida por parte del gobierno la personería jurídica de ambos sindicatos después del paro de 1988 que en Urabá fue planteado por el PCML como “huelga política insurreccional” para derrocar al gobierno, los miembros de los dos sindicatos constituyeron uno nuevo que tomó la denominación de otro preexistente: Sintrainagro.

En este sentido se habla, con razón, de la instrumentalización de los sindicatos que las dos principales guerrillas hicieron, al valerse de las demandas y movilizaciones de los sindicalizados para sus fines político-militares maximalistas: como lo mostró el referido suceso del paro de 1988 con propósitos insurreccionales.

Eso no quiere decir tampoco que las movilizaciones y demás acciones y debates de los sindicatos, principalmente de Sintrabanano y de Sintagro, y desde 1989 de Sintrainagro, se agotaran en ser solo instrumentos de las dos guerrillas, sino que se mezclaban y entrelazaban los intereses colectivos propios del mundo laboral con los intereses político-militares de los dos grupos armados.

Cuando en 1991 el EPL depuso las armas y se desmovilizó, dentro del nuevo sindicato Sintrainagro se recrudeció la pugna entre los sindicalistas provenientes del antiguo Sintrabanano, conectados con las FARC, y los provenientes del antiguo Sintagro, que ahora rechazaban la lucha armada y proponían la autonomía de lo sindical respecto de la política, así como un entendimiento con el empresariado sin renunciar a la defensa de los intereses de los trabajadores (lo cual había sido incluso propuesto por el EPL unos meses antes de desmovilizarse) y una aceptación del papel del Estado como garante¹⁶: propósitos que posibilitaron la suscripción, en 1991, del “Pacto Social por Urabá” y, sin duda, influyeron en la decisión de 1993 de orientar la afiliación de los trabajadores a todas las coberturas del sistema de seguros sociales obligatorios administrado por el I.S.S., posteriormente denominado, en 1994, Sistema General de Seguridad Social.

Toda esta historia encierra una paradoja: que en medio de mucha violencia y del control de las guerrillas, posiblemente por efecto de ese control y como respuesta a esa violencia, crece, como se acaba de mostrar, la afiliación sindical y va avanzando la institucionalización de las relaciones laborales, favorecida, del lado de los empresarios, por su gremio Augura, que desde los años 80s se convierte en actor laboral, contraparte y colegitimador -en medio de los diferendos- de los sindicatos.

De la dispersión de convenciones colectivas por grupo empresarial cuyo número hemos referido, se dio paso al pliego único, negociado entre los sindicatos y una mesa coordinada por Augura, y de allí al Acuerdo de Bogotá de 1987 y a los subsiguientes Acuerdos Generales de 1989, 1991 y 1993 con cobertura sobre toda la industria bananera, que fueron pasos decisivos de una institucionalización progresiva hasta llegar a las relaciones laborales de hoy, de las más modernas en el panorama de la industria colombiana, con un sindicalismo excepcionalmente fuerte y envolvente (más del 80% de los trabajadores del sector en Sintrainagro y cerca del 92% si se cuentan los otros sindicatos), de profunda sensatez y racionalidad en la negociación de los pliegos y con un buen acervo de logros alcanzados sin detrimento de las empresas⁵³.

Debido a la influencia de los sindicatos, los trabajadores bananeros se negaron a proporcionar a las empresas los datos y documentos necesarios para realizar las afiliaciones y a diligenciar los formularios que se requerían. Incluso algunos trabajadores llegaron a presentar cartas al ISS en las cuales hicieron constar que no querían que sus empleadores los vincularan al Instituto.

Sobre el particular, el periódico El Colombiano publicó un artículo el 18 de octubre de 1986, escrito por Jairo Palacio Fernández, en el cual se dijo:

REALIDAD ECONÓMICA

Urabá le produce 200 millones de dólares anuales en divisas al país. En la zona hay 267 fincas productoras de banano en donde laboran trece mil trabajadores en forma directa, siete mil otras actividades diferentes a la producción, o sea al embarque y al transporte de la fruta hacia el puerto.

De estos obreros bananeros, el 40 por ciento proveniente del resto del departamento de Antioquia, Caldas y un 20 por ciento de Córdoba.

En la zona hay 20 mil hectáreas sembradas de banano y se encuentran fincas con extensiones desde cinco hasta 600 hectáreas.

Para el presente año, Urabá aspira exportar 43 millones de cajas de banano, las cuales permitirán ingresos por 200 millones de dólares.

⁵³ Págs. 5-7.

Desde que empezó a operar el ISS en Urabá, en agosto del año pasado, se han afiliado a la entidad en los riesgos de invalidez, vejez y muerte, 4 mil trabajadores de 75 fincas.

Sin embargo, muchos sindicatos han impartido instrucciones a sus obreros para que no presten sus cédulas a los patronos para que los afilien a la institución, mientras no se clarifique la posición del ISS. (Subrayas propias).

PROPUESTAS CONCRETAS

El asesor laboral de Sintagro, abogado Asdrúbal Jiménez, al intervenir en la reunión, cuya disertación fue acogida por los voceros de las otras entidades sindicales, propuso que el Instituto de los Seguros Sociales opere efectivamente en la región teniendo en cuenta los siguientes factores:

1. *Que los recursos que se recauden por aportes de patronos y trabajadores no salgan de la región para capitalizar otras seccionales del ISS.*
2. *Que se constituya una junta regional del Instituto en la zona, con amplia participación de los trabajadores, empresarios y del gobierno.*
3. *Que se amplíe la protección de los servicios de salud, no solo a los trabajadores sino a sus familiares.*
4. *Que el Instituto entre con médicos propios, especializados en enfermedades del trabajo.*
5. *Que el ISS entre con infraestructura propia, y para este objetivo, el gobierno debe destinar partidas del presupuesto nacional.*

En este punto, rechazaron la celebración de contratos de prestación de servicios con el Servicio Seccional de Salud, ya que los hospitales de la zona se mantienen saturados con el resto de la comunidad.

QUE REFLEXIONEN

Por su parte, Gustavo Yarce, a nombre de los productores de la región anotó que los patronos defendemos y apoyamos las cosas que vayan en beneficio de todo el sector productivo, es decir, de sus trabajadores y empresarios, pero reiteró que no respaldamos aquellas situaciones que puedan contribuir a crear más conflictos en un momento determinado.

El vocero patronal llamó a los trabajadores para que reflexionen sobre las grandes ventajas que tienen los asalariados cuando están asegurados en los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Agregó, que ningún empresario está dispuesto a asumir dichos riesgos y por eso apela al artículo octavo cuando va cumpliendo los diez meses de servicio. (Subrayas propias).

Afirmó que en toda la región no hay cinco trabajadores pensionados, porque ningún patrono se le mide a este sistema”

De igual manera, mediante una misiva del 21 de agosto de 1990 dirigida a las empresas bananeras, la Junta Directiva de Sintrainagro manifestó:

(...) Nosotros como representantes de “SINTRAINAGRO”. Organización que dirigimos a la amplia mayoría de trabajadores Bananeros, queremos manifestarle lo siguiente:

Como todos bien sabemos la problemática que se presenta con los Seguros Sociales a Nivel Nacional y especialmente en la Región de Urabá donde fué el Sindicato el impulsor de la propuesta como una necesidad de establecer en la Zona un Seguro Social con toda una buena y pronta Infraestructura en Beneficio de todos, esto ha sido prestado en una forma ineficiente por la falta de infraestructura y demás garantías para los trabajadores.

Razón por la cual en Asamblea Nacional de Delegados del Sindicato aprobaron unánimemente la no afiliación ni el pago de cuotas al Seguro Social hasta tanto no hayan compromisos serios con el Gobierno Nacional, para responder por la salud de los trabajadores y sus familiares a través de esta Institución como Organización que defendemos los derechos de los trabajadores, continuaremos interviniendo para que dicha Institución pueda establecerse en la región para bien de todos. (Subrayas propias).

Por lo anterior, estamos solicitando a todos los empresarios Bananeros seguir respondiendo por la salud de los trabajadores, sus familias y demás derechos pactados en la Convención en

materia de salud y no seguir descontando la cuota de los Seguros hasta tanto no haya un acuerdo entre las partes, como Seguro Social patrono, sindicato y Gobierno.
 (...)

Fue solo hasta el año 1993, con la firma del Acta de Acuerdo entre empleadores y representantes del sindicato Sintrainagro, que se logró superar la negativa del sindicato a que los trabajadores se afiliaran al ISS. En el primer punto del acta se dijo:

"Dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la firma de los acuerdos convencionales que resulten de las presentes negociaciones, los trabajadores deberán presentar todos los documentos necesarios para su afiliación al I.S.S. La no entrega de los documentos necesarios para realizar la afiliación al Instituto, o la renuencia del trabajador a firmar el registro de inscripción a esta Institución, liberan al Empleador de la prestación del servicio de salud (...)"

Antes de 1994 se hicieron algunas afiliaciones al ISS. Sin embargo, en esos pocos casos, que no llegan al 5% de la población de trabajadores, se tuvo que solicitar una autorización al respectivo grupo guerrillero, ante condiciones especiales. En los casos en que se hizo la afiliación sin dicha autorización, el EPL obligó a los empleadores a desafiliar al trabajador.

Debido a esta situación, los trabajadores de las empresas bananeras que laboraron entre 1986 y 1994 no fueron afiliados al ISS, a pesar de existir desde 1986 el llamado a inscripción. No se trató, por tanto, de la negligencia o renuencia de los empleadores a realizar dicha afiliación, sino que se debió a las instrucciones directas de las organizaciones sindicales que se opusieron a la afiliación hasta que el ISS prestara todos los servicios y no solamente el seguro de invalidez, vejez y muerte.

Aunado a lo anterior, el contexto de violencia que se vivió en esa zona obligó a los empresarios bananeros a desplazarse de la región bajo amenazas de muerte, pues tenían prohibida su estadía y presencia en cualquiera de estos municipios donde tuvieran sus fincas o instalaciones, por lo que tenían que administrarlas de manera remota. De igual manera, los administradores de fincas o capataces fueron fuertemente golpeados, representando un gran número de muertes y persecuciones.

Sobre este punto, Rainer Dombois y Carlos Miguel Ortiz Sarmiento, en su trabajo denominado *"La evolución de las relaciones laborales en medio de violencia. El caso paradójico de la industria bananera de Urabá en Colombia"* (pg. 11), señalan:

En los solos cuatro años que van de 1986 a 1989, las bases de datos de la Escuela Nacional Sindical (ENS) registran 89 trabajadores bananeros afiliados a sindicatos que fueron asesinados en la región de Urabá.

Del lado de los empresarios, los riesgos de su presencia en la zona también aumentaron claramente; entonces se ausentaron y encargaron a los administradores y capataces de organizar la producción local. Estos fueron igualmente víctimas de la violencia implacable. Es así que para aproximadamente el mismo cuatrienio de 1986 a 1989, un dirigente bananero hablaba de 160 capataces de finca y más de 60 administradores asesinados (SEMANA 1989). (Subrayas propias).

A su vez, en el documento denominado *Proyecto USDOL/OIT 2004. En la búsqueda del mejoramiento de las relaciones laborales*⁵⁴ de la OIT, se dice:

ASPECTOS QUE ENMARCARON LAS RELACIONES LABORALES EN EL PASADO. EL CONTEXTO SOCIAL Y POLÍTICO DE LA REGIÓN

1. Las relaciones obrero patronales que rigen la actividad productiva y buena parte del desarrollo de la región de Urabá, evolucionaron en medio del conflicto laboral y los niveles de violencia más crudos que probablemente ha vivido la historia del país.

⁵⁴ Proyecto USDOL/OIT 2004. En la búsqueda del mejoramiento de las relaciones laborales. Bogotá, Colombia. (Pg. 27-28).

La fuerte presencia de actores armados de actores armados influía en la relación laboral y a ello se sumaba el tráfico de armas y el narcotráfico. Estos grupos ejercían presión, de una o de otra manera sobre trabajadores, empresarios y la población en general distorsionando ostensiblemente el ambiente laboral, lo que originó, a su vez, la necesidad de aumentar la presencia militar, y, además, un fuerte protagonismo de la iglesia a fin de contribuir a la paz de la región.

2. En el marco de la confrontación fue asesinado un número considerable de dirigentes sindicales, trabajadores, empresarios y dirigentes políticos y sociales de la región.

3. En la década del setenta se establecieron en la zona varias organizaciones sindicales como el Sindicato de Trabajadores del Agro – Sintagro, el Sindicato de Trabajadores del Banano – Sintrabanano, el Sindicato de la Empresa Frutera de Sevilla – Sinaltraifré – el Sindicato de Jornaleros Agrícolas – Sindjornaleros y la Unión de Trabajadores del Banano -Utraiban – zona de Chigorodó. Previamente se había creado, en 1964, Sintrabanano, que ocupó desde un comienzo un papel importante, todos bajo la premisa de obtener mejores condiciones de vida. Existía, además, resistencia a la creación de organizaciones sindicales.

4. A finales de la década de los setenta las FARC y el EPL se infiltraron de manera activa en los dos sindicatos más representativos de la zona, así: las FARC a Sintrabanano y el EPL al Sindicato de Trabajadores del Agro – Sintagro. Ello trajo como consecuencia que el proceso de sindicalización se caracterizara por la presión de las armas y se desarrollara bajo la consigna de mantener el conflicto, más que de lograr reivindicaciones para los trabajadores

5. En la década de los ochenta el conflicto continuó recrudecido y los empresarios no hacían presencia en las fincas a causa de la inseguridad reinante. Sin embargo, en 1984 se firmó, durante el gobierno de Belisario Betancur, una tregua con las FARC y con el EPL, no circunscrita a la zona, sino, por el contrario, para todo el país, pero no se logró la paz y la violencia continuó, a pesar de sucesivos esfuerzos para incrementar la inversión social en la zona. (Subrayas propias).

(...)

7. En 1985 se llevó a cabo la primera huelga bananera, con duración de 20 días, con la finalidad, a decir de los sindicatos, de hacer cumplir la ley y, en particular, los derechos de asociación y negociación. Para la época, en Urabá prácticamente no había presencia del ministerio de Trabajo – sólo una inspección en Turbo – el ISS no tenía asiento en la zona, los servicios públicos eran inexistentes o de baja cobertura o calidad, la televisión colombiana no llegaba, la presencia del estado en administración de justicia y fuerza pública era muy precaria. (Subrayas propias).

(...)

De igual manera, en una nota publicada en el periódico digital de la Universidad Nacional de Colombia el 27 de noviembre de 2017, titulada *Por qué en Urabá no ha terminado la violencia*, escrita por el profesor Carlos Miguel Ortiz Sarmiento⁵⁵, se puede leer:

Después del dominio de grupos guerrilleros y paramilitares en las últimas décadas del siglo XX y comienzos del XXI, grupos armados como el Clan de Golfo representan una amenaza. Para que la paz llegue a la región, el Estado debe recuperar la institucionalidad con mayor presencia integral efectiva y reconocida.

A partir de 1955, cuando se abrió al tránsito la carretera de Medellín al mar y a la Costa Caribe antioqueña, que es Urabá, esta tierra fértil es considerada como promisoria y atractiva para inversionistas, pequeños rebuscadores de intercambios lícitos e ilícitos, y viandantes jornaleros provenientes de todas las regiones en busca de contrato.

Es promisoria y a la vez peligrosa por la violencia inclemente que también se ha ensañado con ella. La pujanza y vitalidad de sus gentes contrasta con los atropellos de los que han sido víctimas por parte de variados actores del conflicto armado.

⁵⁵ <https://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/por-que-en-uraba-no-ha-terminado-la-violencia/>

Urabá le ha dado al país glorias del deporte en atletismo, boxeo y fútbol, y también ha puesto el más alto número de asesinados que sindicato alguno en el mundo pueda contar: 795 en 16 años (1986-2002), según el Sistema de Información de Derechos Humanos (sinderh) de la Escuela Nacional Sindical (ens).

Pero además de las víctimas sindicalistas, en el mismo periodo también hubo casi un centenar de asesinatos de administradores y capataces de fincas bananeras; maestros, funcionarios y políticos locales; pequeños y medianos comerciantes; y mayor número aún de campesinos – unos propietarios, otros ocupantes de hecho– y de habitantes de barrios populares que pagaron con su vida el hecho de residir en zonas afectas a partidos de izquierda o coaccionadas por alguna de las guerrillas. (subrayas propias).

A pesar de lo anterior, Sintrainagro, el mayor sindicato bananero desde 1989, no disminuyó su número de afiliados a lo largo de toda la violencia que sufrió, ni su capacidad organizativa ni su fuerza de reclamación. Por el contrario, hoy agrupa a 18 mil trabajadores y es el único sindicato de industria en el país que negocia pliego único con 307 empresas representadas, a su turno, por la Asociación de Bananeros (Augura).

Que uno de los sindicatos más modernos del país se haya configurado y fortalecido en medio de tanta violencia es una paradoja, pero no es la única de Urabá.

Y en una nota publicada por el Centro de Memoria Histórica, escrita por Juan Camilo Gallego Castro, titulada *Los administradores bananeros víctimas del conflicto en el Urabá*⁵⁶, se dice:

En la oficina de Uriel Darío de la Ossa, de 84 años, hay un par de escaparates con carpetas arrumadas. Lo que hay ahí es información de la Asociación de Administradores y Empleados de Empresas Bananeras de Urabá (Asafibu). Él es un sobreviviente, la asociación es una sobreviviente.

Uriel nació en San Marcos, Sucre, a los 21 años se fue a trabajar la ganadería en el Bajo Cauca, y en 1981 se fue para Turbo, Urabá antioqueño. “Acá lo que da la plata es el banano”, le dijeron. Y si bien no sabía del negocio le ofrecieron dos fincas para administrar.

Al poco tiempo conoció los sindicatos de trabajadores Sintragro y Sintrabanano. El 13 de febrero de 1987, junto a 87 administradores, gerentes y dueños de empresas bananeras crearon Asafibu ante los constantes asesinatos selectivos de empleados y administradores a manos de las guerrillas. Entre otras razones, para velar por el bienestar del gremio y sus familias, así como para gestionar capacitaciones y formular proyectos. “Creamos la Asociación por la violencia que había en esa época, por distraer el problema que teníamos. Hacíamos actividades deportivas, recreativas, buscando entretenérlos. Los trabajadores afiliados llegamos a ser 412. Hoy no hay ni la mitad de fincas de ese tiempo”, dice.

Hubo 217 administradores muertos en Urabá en las últimas tres décadas, asegura Uriel. De acuerdo con el Observatorio de Memoria y Conflicto en esta región del país hubo 7.135 asesinatos selectivos entre 1958 y septiembre de 2018. La mayoría de ellos ocurrieron a partir de los ochenta.

De acuerdo con el libro de Clara Inés García y Clara Inés Siegert “Geografías de la guerra”, entre 1988 y 1991 “Urabá tenía dibujada una clara división territorial bélica [...] bajo una lógica político-militar guerrillera. En él se distinguen, de una parte, los territorios de influencia EPL al norte de Urabá (Necoclí, Arboletes, San Juan de Urabá, San Pedro de Urabá y norte de Turbo) y en los límites con Córdoba, y de otra parte los territorios de dominio Farc en la parte limítrofe del Chocó y el sur del Urabá antioqueño (sur de Chigorodó, Mutatá y Vigía del Fuerte). El Centro de Urabá, correspondiente al eje bananero, hacia las veces de territorio de confluencia de ambas guerrillas, donde los límites político-militares entre ambas operaban desde un espacio local que distinguía fincas Farc o EPL según la adscripción de los trabajadores a uno u otro sindicato de su influencia (Sintrabanano y Sintagro, respectivamente).

A comienzos de los 90 se dio la negociación del gobierno con el EPL, ante esto las FARC copó el territorio. Tras la desmovilización inició “una guerra sucia que involucró a las FARC en alianza con la disidencia del EPL, a los paramilitares y a sectores del EPL reinsertados”, indican en el libro las académicas Clara Inés García y Clara Inés Siegert. De acuerdo con su

⁵⁶ <http://centredememoriahistorica.gov.co/los-administradores-bananeros-victimas-del-conflicto-en-el-uraba/>

investigación, a partir de 1992 los grupos paramilitares entraron a disputar el territorio y de esta manera se recrudeció el conflicto.”.

Esta situación de fuerza mayor es de público conocimiento y ha sido aceptada unánimemente por la Corte Suprema de Justicia, incluso en el fallo que es hoy objeto de solicitud de tutela.

Ante una situación como estas, es a todas luces desproporcional, ilegal, injusto e inconstitucional que se castigue al empleador que fue el único que quiso cumplir con la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS, pero se encontró ante una imposibilidad física de hacerlo por la propia renuencia del trabajador y del sindicato como su representante de realizar dicha afiliación; la presión guerrillera y la incapacidad del Estado de brindar condiciones de seguridad y de hacer presencia real en la región, con la imposición retroactiva de una norma que le impone una carga sumamente gravosa obligándolo a pagar capitalización de intereses por 30 años, convirtiendo esta obligación en impagable y desfinanciando con ello a una empresa que contra toda adversidad luchó para mantener su actividad en la zona, generando empleo y desarrollo social, así como divisas que permitían y permiten hoy contribuir a la economía y el empleo en el país.

No es lógico que se aplique una norma de manera retroactiva con efectos tan desfavorables para sus destinatarios. Lo lógico de la aplicación retroactiva de la ley, cuando expresamente lo permite el legislador, es que se apliquen beneficios, nunca para imponer cargas que sean más gravosas, como ocurre en este caso, y máxime cuando la propia Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2001 declaró como constitucional que las obligaciones contractuales ya terminadas a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no podían ser objeto de cómputo através de cálculo actuarial, pues ninguna norma puede ser aplicada retroactivamente, operando así frente a este tema el fenómeno de la cosa juzgada constitucional que ningún juez puede desconocer.

Aunado a lo anterior, como se anotó en el acápite de hechos, no puede perderse de vista que la sociedad que representó se ha ido transformando con el transcurso del tiempo, siendo los accionistas de hoy diferentes a quienes era socios en la época en las empresas del sector bananero se vieron imposibilitadas a afiliar a sus trabajadores al ISS, accionistas que se ven hoy más de 20 años después a asumir una carga económica imposible de pagar que no contemplaron nunca como pasivos antes de hacerse propietarios de estas fincas, lo cual desconoce de entrada el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución.

Por otro lado, en el fallo objeto de tutela se dice que si bien ocurrió una situación de fuerza mayor, el empleador bien pudo haber realizado la afiliación en forma retroactiva y pagado esos aportes que había omitido cancelar, lo cual no era posible, pues la normatividad que regía para esa época no contemplaba una manera de realizar el pago de forma retroactiva.

Pero además, es que con esta aplicación retroactiva del Decreto 1887 de 1994, y con el desconocimiento de la situación de fuerza mayor a la que se enfrentó la sociedad que representó en el periodo de 1986 y 1994, se le impone al empleador también la obligación de pagar el aporte que le correspondía tanto al trabajador como al Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 90 de 1946 que textualmente señala:

Artículo 16. <Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 3850 de 1949. El nuevo texto es el siguiente:>Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero, correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000) o de ciento veinticinco mil pesos (\$ 125.000), tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado podrá contribuir con una parte de la respectiva cuota patronal, cuando sus circunstancias financieras lo permitan y el gobierno así lo determine mediante decreto ejecutivo, previa consulta al Instituto Colombiano de seguros Sociales. En tal caso la contribución del Estado será fijada entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la cuota patronal. Los aportes del Estado se financiarán en primer término, con los

productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables.

PARÁGRAFO. *Cuando se trate de asegurados obligatorios, que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al Asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático-Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que viven a cargo de éste.*

Así las cosas, se está obligando al empleador a asumir toda la carga, cuando fue el único que quiso cumplir con la obligación de afiliación al ISS de sus trabajadores, pero que no lo pudo hacer por una situación de fuerza mayor. Y se le obliga entonces a pagar por el trabajador que se negó a diligenciar los formularios correspondientes para realizar el proceso y por el Estado que fue absolutamente incapaz de establecerse en esa zona y de brindar seguridad, garantías e institucionalidad.

Ese esfuerzo de los empresarios que fueron capaces de sostenerse contra toda adversidad no puede ser castigado o sancionado, sino que por el contrario debe ser resaltado.

No puede ser entonces que los jueces y el propio Estado cierren los ojos ante una situación tan especial y excepcional como esta y que ordenen dar aplicación a una norma general y posterior que desconoce esa realidad que vivieron los empresarios bananeros entre los años 1986 y 1994 y que llevan irremediablemente a la desfinanciación de estas empresas, ya que se les obliga a pagar esos aportes retroactivamente con capitalización de intereses, lo cual a todas luces es inadmisible, pues ninguna deuda, ni siquiera una de carácter comercial, puede contemplar capitalización de intereses. Esta carga evidentemente no estaba en cabeza de las empresas con quienes el trabajador no tenía contrato laboral al momento de entrara a regir la Ley 100 de 1993, como expresamente lo estableció el legislador y lo ratificó la Corte Constitucional en las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004.

Por todo lo anterior, la presente acción está necesariamente llamada a prosperar.

2.8. CONCLUSIONES

2.8.1. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia está inaplicando, vía excepción de inconstitucionalidad, el literal *c*) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue declarado exequible mediante la sentencia C-506 de 2001, con la excusa de que esta produjo efectos de cosa juzgada relativa, lo cual no es así, toda vez que frente a una nueva demanda de inconstitucionalidad contra esta misma norma, la Corte Constitucional dictó la sentencia C-1024 de 2004 mediante la cual declaró que la referida sentencia hizo tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta.

Los jueces no pueden aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a una norma que fue declarada exequible por el órgano que ejerce la guardia de la integridad y la supremacía de la Constitución Política. Por tanto, en el presente caso se configura una vía de hecho.

2.8.2. Adicionalmente, a los trabajadores que no tenían contrato laboral vigente al 23 de diciembre de 1993 se les está aplicando el Decreto 1887 de 1994, cuando este expresamente señala en su artículo 1º que aplica solo para aquellos trabajadores que tenían contrato laboral a dicha fecha⁵⁷. Y ello es así porque la propia Ley 100 de 1993 había excluido de su campo de aplicación a las personas que no tuvieran vínculo laboral al momento de su entrada en vigencia.

⁵⁷ **Artículo 1º Campo de aplicación.** El presente Decreto establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

2.8.3. Además de no ser aplicable el Decreto 1887 de 1993 para el caso de los trabajadores que no tuvieran contrato laboral vigente al 23 de diciembre de 1993 por haberse consagrado así de manera expresa, no se puede aplicar este decreto porque es abiertamente inconstitucional, tal como se explicó en los acápitulos 2.3. y 2.6. de la presente acción de tutela, por lo cual tenía que ser inaplicado en el caso objeto de estudio, de conformidad con el artículo 4° de la Constitución Política.

2.8.4. Si lo que se quiere es proteger los derechos de los trabajadores que no tenían contrato laboral vigente al 23 de diciembre de 1993, es el Congreso de la República quien mediante una ley en sentido formal y material debe establecer los derechos pensionales que le asisten a esas personas y la forma de financiarlos.

2.8.5. La sociedad Finca Cibeles S.A. solo cuenta con área en producción de 129.46 hectáreas. Tiene 94 trabajadores, de los cuales, 9 están vinculados antes de la fecha en la cual esta sociedad afilió a sus trabajadores al ISS (abril de 1993) y entre los 9 suman 58 años sin afiliación. En la actualidad, en el Juzgado Laboral del Circuito de Turbo cursan tres demandas, por los mismos hechos, contra esta sociedad. Si se estima el valor del cálculo actuarial a razón de \$12 millones de pesos por cada año laborado y no cotizado, estaríramos hablando de una contingencia, sumado el título pensional al que fue condenada la sociedad en el proceso de José Marcial Murillo, de más de \$800 millones de pesos!!!! Siendo esta sociedad una empresa que podrá generar unos ingresos aproximados de \$400 millones de pesos año, ante esta contingencia planteada, es contundente afirmar de que Finca Cibeles S.A. no es viable. Nota: Eso sin estimar la gran cantidad de trabajadores que han pasado por esta sociedad y que, aunque no están activos, tienen la misma expectativa por la cual demandó el señor José Marcial Murillo.

3- PETICIÓN

3.1 Que se tutele los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, buena fe, confianza legítima, igualdad y equidad de la sociedad Finca Cibeles S.A.

3.2. Que como consecuencia de lo anterior, se deje sin efectos la sentencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 22 de febrero de 2020 y se ordene expedir una decisión nueva, en la cual se declare que la sociedad Finca Cibeles S.A. no está obligada a pagar el cálculo actuarial del señor José Marcial Murillo al que hace referencia el literal *c)* del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por no tener contrato laboral vigente con la sociedad Finca Cibeles S.A. al momento de entrada en vigencia de dicha ley, de conformidad con lo establecido en las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004.

4- JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento me permito expresar que por los hechos aquí narrados no he presentado otra acción de tutela.

5- PRUEBAS Y ANEXOS

5.1. Poder para actuar y certificado de existencia y Representación Legal de la sociedad FINCA CIBELES S.A.

5.2. Sentencia del 12 de febrero de 2020 proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

5.3. Ensayo elaborado por Carlos Miguel Ortiz y Mario Agudelo, denominado *EL DEBATE SOBRE LA ADSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES BANANEROS AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y PENSIONES (1986-1994)*

5.3. Resolución número 2362 de 1986, por medio de la cual el ISS llamó a inscripción obligatoria a la región de Urabá.

5.4. Artículo denominado “*No queremos un Seguro Social ‘mocho’ en Urabá*”, publicado en el periódico El Colombiano el 18 de octubre de 1986, escrito por Jairo Palacio Fernández.

5.5. Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de 1993, firmada entre empleadores y representantes del sindicato Sintrainagro, mediante la cual se logró superar la negativa del sindicato a que los trabajadores se afiliaran al ISS.

5.6. Ensayo elaborado por Rainer Dombois y Carlos Miguel Ortiz Sarmiento, denominado “*La evolución de las relaciones laborales en medio de violencia. El caso paradójico de la industria bananera de Urabá en Colombia*”.

5.7. Documento denominado Proyecto USDOL/OIT 2004. En la búsqueda del mejoramiento de las relaciones laborales. Bogotá, Colombia.

5.8. Carta de fecha 21 de agosto de 1990, dirigida a los empleadores por Sintrainagro, en la cual informan que la junta directiva de dicho sindicato resolvió por unanimidad la no afiliación de los trabajadores al ISS.

5.9. Dictámen pericial de fecha 9 de agosto de 2020, elaborado por la actuaria GLORIA MARÍA YEPES VARGAS, en el cual se establece que con la aplicación de la fórmula contenida en el Decreto 1887 de 1994 para calcular el valor del título pensional por el periodo 1988 a 1994, el valor causado en dicho lapso se incrementa en 27.7 veces a cargo de la sociedad Finca Cibeles S.A., lo cual, a todas luces, es absolutamente inequitativa.

6- DIRECCIONES PARA NOTIFICACIONES

La Accionante: Carrera 53 # 82 – 86, Oficina 202 del edificio Ocean Tower, Barranquilla – Atlántico. Teléfono 3581226, correo electrónico fincacibelessacom@telecom.com.co

El suscrito: Carrera 27C #23 Sur 51 en Envigado - Antioquia, teléfono fijo 5812232, celular 3006189744, correo electrónico luis.german@cuartas.com.co

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia: Calle 12 #7-65, teléfono (571) 5622000, correo electrónico secretarialaboral@cortesuprema.rama judicial.gov.co o notificacioneslaboral@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Terceros interesados:

El señor José Marcial Murillo: Carrera 91 #94-70, barrio Pueblo Nuevo en Apartadó – Antioquia

Colpensiones: Carrera 10 # 72-33 Torre B Piso 11 Bogotá D.C. Teléfono (57+1) 4890909, correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Se recibirán notificaciones en la Carrera 27C #23 Sur 51, casa 136 de la Urb. Reserva de San Jorge en Envigado - Antioquia, teléfono fijo 5812232, celular 3006189744, correo electrónico luis.german@cuartas.com.co

Atentamente,

Luis Germán Cuartas Carrasco
c.c. 71.575.612 de Medellín
T. P. 44.708 del C. S. de la J.

FINCA CIBELES S.A.

Señores
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (REPARTO)
Bogotá D.C.

Referencia : Acción de Tutela contra providencia judicial.
Accionante : Sociedad Finea Cibeles S.A.
Accionado : Sala de Casación Laboral – Corte Suprema de Justicia

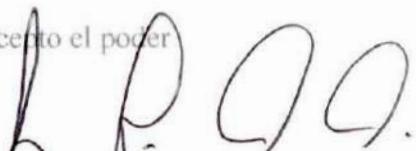
MARÍA GLORIA DEL SOCORRO JÍMENEZ DE FERNÁNDEZ DE CASTRO, colombiana, mayor de edad, domiciliada en Barranquilla - Atlántico., identificada como lo indicaré al pie de mi firma, actuando en mi calidad de Representante Legal de la sociedad FINCA CIBELES S.A., según consta en el certificado de Cámara de Comercio que se allega con el presente, manifiesto que confiero poder especial al doctor LUIS GERMÁN CUARTAS CARRASCO, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.575.612 de Medellín, abogado titulado con tarjeta profesional 44.708 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en nuestro nombre y representación, presente, tramite y lleve hasta su culminación ante Ustedes ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL, en este caso concreto, contra la sentencia SL 413-2020, RADICACIÓN 65223, de fecha 12 de febrero del año en curso y con ponencia del Honorable Magistrado ERNESTO FORERO VARGAS. Esta sentencia nos fue notificada por edicto fijado el 19 de febrero y la providencia quedó ejecutoriada el día 24 de febrero de 2020.

El apoderado cuenta con todas las facultades inherentes para el ejercicio del presente poder, en especial las de presentar la Acción de Tutela, recibir notificaciones, contestar requerimientos, recibir, transigir, conciliar, sustituir, desistir, renunciar, reasumir y todas aquellas que tiendan al buen cumplimiento de su gestión.

Sirvanse reconocerle personería suficiente para actuar en los términos de este mandato.

Honorables Magistrados,


MARIA GLORIA DEL SOCORRO JÍMENEZ DE FERNÁNDEZ DE CASTRO
c.c. 32.397.110 de Medellín

Acepto el poder

LUIS GERMAN CUARTAS CARRASCO.
c.c. 71.575.612 de Medellin
T.P. 44.708 del C.S. de la J.

NOTARIA TERCERA DEL CIRCUITO DE GARRANQUILLA
ALFONSO LUIS AVILA FADUL
DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL Y
RECONOCIMIENTO

El suscrito Notario certifica que este escrito fue presentado

MARIA ELORIA DEL SOCORRO JIMENEZ DE FERNANDEZ
y sualmente por 32394119 ante MEXICANO CASTRO

Identificado con

Quien declara que su contenido es efecto de la firma y huella

que aparece en el escrito.

06 AGO 2020 FIRMA

HUELLA DEL
COMPARICIONANTE





Cámara de Comercio de Barranquilla
**CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL O
DE INSCRIPCION DE DOCUMENTOS.**
Fecha de expedición: 06/08/2020 - 12:22:12
Recibo No. 8203958, Valor: 6,100
CODIGO DE VERIFICACIÓN: OI39F035FF

Para su seguridad verifique el contenido de este certificado ingresado a nuestra página web www.camarabaq.org.co, en el enlace CERTIFICADOS EN LINEA-VERIFICACION DE CERTIFICADOS EN LINEA, digitando el código de verificación.

"LA MATRICULA MERCANTIL PROPORCIONA SEGURIDAD Y CONFIANZA EN LOS NEGOCIOS.
RENUeve SU MATRICULA MERCANTIL A MAS TARDAR EL 3 DE JULIO"

EL SUSCRITO SECRETARIO DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BARRANQUILLA, CON FUNDAMENTO EN LAS INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL

C E R T I F I C A

NOMBRE, IDENTIFICACIÓN Y DOMICILIO

Razón Social:
FINCA CIBELES S.A.
Sigla:
Nit: 890.101.826 - 1
Domicilio Principal: Barranquilla
Matrícula No.: 9.568
Fecha de matrícula: 07/10/1963
Último año renovado: 2020
Fecha de renovación de la matrícula: 02/07/2020
Activos totales: \$15.208.035.000,00
Grupo NIIF: 3. GRUPO II.

UBICACIÓN

Dirección domicilio principal: CR 53 No 82 - 86 OF 202 ED Ocean Tower
Municipio: Barranquilla - Atlántico
Correo electrónico: fincacibelessacom@telecom.com.co
Teléfono comercial 1: 3581226

Dirección para notificación judicial: CR 53 No 82 - 86 OF 202 ED Ocean Tower
Municipio: Barranquilla - Atlántico
Correo electrónico de notificación: fincacibelessacom@telecom.com.co
Teléfono para notificación 1: 3581226

Autorización para recibir notificaciones personales a través del correo electrónico, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: no

CONSTITUCIÓN

Constitución: que por Escritura Pública número 1.574 del 04/10/1963, del Notaria Primera de Barranquilla,, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 07/10/1963 bajo el número 14.869 del libro IX, se constituyó la sociedad:limitada denominada "FINCA CIBELES LIMITADA".

REFORMAS ESPECIALES

Por Escritura Pública número 714 del 06/05/2009, otorgado(a) en Notaria 3a. de



Cámaras de Comercio de Barranquilla

CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL O

DE INSCRIPCION DE DOCUMENTOS.

Fecha de expedición: 06/08/2020 - 12:22:12

Recibo No. 8203958, Valor: 6,100

CODIGO DE VERIFICACIÓN: OI39F035FF

Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 27/05/2009 bajo el número 149.293 del libro IX, la sociedad se transformo en anonima bajo la denominación de FINCA CIBELES S.A.

Por Escritura Pública número 1.826 del 22/08/2007, otorgado(a) en Notaria 3 a. de Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 27/08/2007 bajo el número 133.935 del libro IX, consta la fusión con INVERSIONES FERNANDEZ DE CASTRO LIMITADA

Por Escritura Pública número 1.826 del 22/08/2007, otorgado(a) en Notaria 3 a. de Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 27/08/2007 bajo el número 133.935 del libro IX, consta la fusión con SOCIEDAD AGROPECUARIA FERNANDEZ DE CASTRO LIMITADA

REFORMAS DE ESTATUTOS

La sociedad ha sido reformada por los siguientes documentos:

Documento	Número	Fecha	Origen	Insc.	Fecha	Libro
Escrivitura	2.212	02/10/1973	Notaria 3a. de Barran	1.985	09/10/1973	IX
Escrivitura	3.271	05/12/1974	Notaria 3a. de Barran	3.733	23/12/1974	IX
Escrivitura	1.134	24/06/1981	Notaria 3a. de Barran	13.410	03/07/1981	IX
Escrivitura	1.346	18/10/1988	Notaria 6a. de Barran	31.519	26/10/1988	IX
Escrivitura	3.706	16/12/1993	Notaria 3a. de Barranq	52.111	20/12/1993	IX
Escrivitura	492	09/03/1994	Notaria 6a. de Barranq	53.176	14/03/1994	IX
Escrivitura	1.560	15/11/1995	Notaria 6a. de Barranq	61.480	28/11/1995	IX
Escrivitura	945	16/04/1996	Notaria 3a. de Barranq	64.075	24/05/1996	IX
Escrivitura	3.502	18/12/1996	Notaria 3a. de Barranq	68.179	21/02/1997	IX
Escrivitura	2.880	14/10/1997	Notaria 3a. de Barranq	72.408	12/11/1997	IX
Escrivitura	2.162	20/11/2000	Notaria 3a. de Barranq	90.135	28/11/2000	IX
Escrivitura	2.016	08/10/2002	Notaria 3. de Barranq	101.335	11/10/2002	IX
Escrivitura	1.018	13/05/2003	Notaria 3. de Barranq	105.091	22/05/2003	IX
Escrivitura	2.503	24/11/2004	Notaria 3. de Barranq	114.567	26/11/2004	IX
Escrivitura	2.822	27/12/2004	Notaria 3. de Barranq	115.169	30/12/2004	IX
Escrivitura	1.826	22/08/2007	Notaria 3 a. de Barran	133.935	27/08/2007	IX
Escrivitura	714	06/05/2009	Notaria 3a. de Barranq	149.293	27/05/2009	IX

TERMINO DE DURACIÓN

Duración: se fijó hasta 2059/05/06



Cámaras de Comercio de Barranquilla
**CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL O
DE INSCRIPCION DE DOCUMENTOS.**
Fecha de expedición: 06/08/2020 - 12:22:12
Recibo No. 8203958, Valor: 6,100
CÓDIGO DE VERIFICACIÓN: OI39F035FF

QUE A LA FECHA Y HORA DE EXPEDICIÓN DE ESTE CERTIFICADO, NO APARECEN INSCRIPCIONES QUE DEN CUENTA DEL ESTADO DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD, RAZÓN POR LA QUE LA SOCIEDAD NO SE HAYA DISUELTA.

OBJETO SOCIAL

La sociedad tiene por objeto: **OBJETO SOCIAL:** El objeto principal de la sociedad es la explotación del negocio de agricultura y ganadería en todas sus manifestaciones.

Para el desarrollo de este objeto social, la sociedad podrá ejecutar todos los actos lícitos de comercio.-La sociedad podrá garantizar con sus bienes obligaciones de otras sociedades: así mismo podrá comprometer su responsabilidad personal mediante el otorgamiento de fianzas o avales para asegurar el cumplimiento de obligaciones de estas sociedades, con las cuales podrá igualmente obligarse en forma solidaria o conjunta.

CLASIFICACIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS - CIIU

Actividad Principal Código CIIU: A012200 (PL) CULTIVO DE PLATANO Y BANANO
CAPITAL

** Capital Autorizado **

Valor	:	\$320.000.000,00
Número de acciones	:	320.000,00
Valor nominal	:	1.000,00

** Capital Suscrito/Social **

Valor	:	\$309.480.000,00
Número de acciones	:	309.480,00
Valor nominal	:	1.000,00

** Capital Pagado **

Valor	:	\$309.480.000,00
Número de acciones	:	309.480,00
Valor nominal	:	1.000,00

ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN

REPRESENTACIÓN LEGAL

ADMINISTRACION: La compañía tiene los siguientes órganos principales: Asamblea General de Accionistas. Junta Directiva. Gerencia. Son funciones de la Junta Directiva, las siguientes entre otras: Nombrar y remover libremente al Gerente, a sus suplentes y señalarles la remuneración. La Junta Directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecuten o celebren cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en el orden a que la sociedad cumpla sus fines. Decretar la venta, permuta, hipoteca o arrendamiento total de los activos de la compañía, autorizando para ello al Gerente. Autorizar al Gerente de la sociedad para la ejecución de actos y contratos que excedan en su cuantía de la suma de



Cámara de Comercio de Barranquilla
**CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL O
DE INSCRIPCION DE DOCUMENTOS.**
Fecha de expedición: 06/08/2020 - 12:22:12
Recibo No. 8203958, Valor: 6,100
CODIGO DE VERIFICACIÓN: OI39F035FF

cuatrocientos (400) salarios minimos mensuales del año corriente. El gobierno y administracion de la compañia estara a cargo de los Gerentes de la compañia. Los Gerentes son los Representantes Legales de la compañia, en juicio y fuera de jucio. En las faltas absolutas, accidentales o temporales de los Gerentes, seran reemplazados por sus suplentes. Son funciones de la Gerencia, las siguientes entre otras: Constituir los apoderados judiciales y extrajudiciales que juzgue necesario para representar a la compañia y delegarles las facultades que a bien tenga. Celebrar los contratos que tiendan a llenar los fines sociales. Cuidar que la recaudacion e inversion de los fondos de la compañia se hagan debidamente. El Gerente como Representante Legal de la compañia, tiene las plenas facultades de administracion y representacion legal, tales como comparecer en los juicios en que se dispute la propiedad de los bienes de la compañia, transigir y comprometer los negocios sociales de cualquier naturaleza que fueren, desistir, interponer todo genero de recursos, hacer depositos en bancos y agencias bancarias, novar y renovar obligaciones y creditos y prorrogar y restringir sus plazos, celebrar el contrato de cambio en todas sus manifestaciones, firmar y suscribir titulos valores tales como letras, pagares, cheques, giros, libranzas y cualquier otro tipo de documento, asi como negociar esos instrumentos, tenerlos, cobrarlos, pagarlos, descargarlos, etc y en una palabra, representar la compañia. Pero para actos o contratos en cuantias superiores a cuatrocientos (400) salarios minimos vigentes o para la compra, venta y gravamen de acciones, cuotas o partes de interes en sociedades de cualquier naturaleza, asi como para la compra, venta, negociacion y gravamen de inmuebles, requiere la previa aprobacion de la Junta Directiva.

NOMBRAMIENTO(S) REPRESENTACIÓN LEGAL

Nombramiento realizado mediante Escritura Pública número 714 del 06/05/2009, otorgado en Notaria 3a. de Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 27/05/2009 bajo el número 149.296 del libro IX.

Cargo/Nombre	Identificación
Gerente	
Jimenez de Fernandez de Castro Maria Gloria del Socorr	CC 32397110
Suplente del Gerente	
Ruiz de Fernandez de Castro Lucia	CC 22289261

JUNTA DIRECTIVA

NOMBRAMIENTO(S) JUNTA DIRECTIVA

Nombramiento realizado mediante Escritura Pública número 714 del 06/05/2009, otorgado en Notaria 3a. de Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 27/05/2009 bajo el número 149.294 del libro IX:

Nombre	Identificación
Miembro principal de JUNTA DIRECTIVA	
Jimenez de Fernandez de Castro Maria Gloria del Socorr	CC 32.397.110
Miembro principal de JUNTA DIRECTIVA	
Ruiz de Fernandez de Castro Lucia	CC 22.289.261
Miembro principal de JUNTA DIRECTIVA	
Fernandez de Castro Ruiz Maria Isabel	CC 32.677.778
Miembro suplente de JUNTA DIRECTIVA	



Cámaras de Comercio de Barranquilla
CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL O
DE INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS.
Fecha de expedición: 06/08/2020 - 12:22:12
Recibo No. 8203958, Valor: 6,100
CÓDIGO DE VERIFICACIÓN: OI39F035FF

Fernandez de Castro Jimenez Carlos Francisco CC 8.770.180

Miembro suplente de JUNTA DIRECTIVA
Fernandez De Castro Ruiz Maria Lucia CC 32.639.343

Miembro suplente de JUNTA DIRECTIVA
Fernandez de Castro Zarate Silvia Maria CC 41.638.219

REVISORÍA FISCAL

Nombramiento realizado mediante Acta número 59 del 21/09/2012, correspondiente a la Asamblea de Accionistas en Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 27/09/2012 bajo el número 246.886 del libro IX:

Cargo/Nombre	Identificación
Revisor Fiscal Ppal.	
Galeano Luna Leonel	CC 8530490
Suplente del Revisor Fiscal.	
Pinto Calle William Jose	CC 72128431

ESTABLECIMIENTO(S) DE COMERCIO

A nombre de la sociedad figura(n) matriculado(s) en esta Cámara de Comercio el(s) siguiente(s) establecimiento(s) de comercio/sucursal(es) o agencia(s):

Nombre:
FINCA CIBELES LIMITADA
Matrícula No: 9.569 DEL 1963/10/07
Último año renovado: 2020
Categoría: ESTABLECIMIENTO
Dirección: CR 53 No 82 - 86 OF 202 ED Ocean Tower
Municipio: Barranquilla - Atlántico
Teléfono: 3581226
Actividad Principal: A012200
(PL) CULTIVO DE PLATANO Y BANANO

Nombre:
FINCA MARYLAND
Matrícula No: 225 DEL 1967/02/08
Último año renovado: 2020
Categoría: ESTABLECIMIENTO
Dirección: CR 53 No 82 - 86 OF 202 ED Ocean Tower
Municipio: Barranquilla - Atlántico
Teléfono: 3581226
Actividad Principal: A012200
(PL) CULTIVO DE PLATANO Y BANANO

Nombre:
FINCA CIBELES
Matrícula No: 10.270 DEL 1969/08/13
Último año renovado: 2020
Categoría: ESTABLECIMIENTO
Dirección: CR 53 No 82 - 86 OF 202 ED Ocean Tower
Municipio: Barranquilla - Atlántico
Teléfono: 3581226
Actividad Principal: A012200
(PL) CULTIVO DE PLATANO Y BANANO

Que de acuerdo con nuestras inscripciones, los bienes sujetos a registro



Cámara de Comercio de Barranquilla
**CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL O
DE INSCRIPCION DE DOCUMENTOS.**
Fecha de expedición: 06/08/2020 - 12:22:12
Recibo No. 8203958, Valor: 6,100
CODIGO DE VERIFICACIÓN: OI39F035FF

mercantil relacionados en el presente certificado, se encuentran libres de embargos.

C E R T I F I C A

INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA

De conformidad con lo previsto en el Decreto 957 de 2019, la Resolución 2225 de 2019 y la información reportada por el empresario el tamaño de la empresa es PEQUEÑA EMPRESA - RSM Los datos reportados en el formulario RUES son los siguientes:

Ingresos por actividad ordinaria: 6.817.409.000,00

Actividad económica por la cual percibió mayores ingresos por actividad ordinaria en el periodo Código CIIU: A012200

Este certificado refleja la situación jurídica registral de la sociedad hasta la fecha y hora de su expedición.

En la Cámara de Comercio de Barranquilla no aparecen inscripciones posteriores a las anteriormente mencionadas, de documentos referentes a reformas, o nombramiento de representantes legales, administradores o revisores fiscales, que modifiquen total o parcialmente el contenido.

De conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de la ley 962 de 2005, los actos administrativos de registro aquí certificados quedan en firme diez (10) días hábiles después de la fecha de inscripción, siempre que no sean objeto de recursos. Contra los actos administrativos de registro caben los recursos de reposición y de apelación. Para estos efectos se informa que para la Cámara de Comercio de Barranquilla los sábados no son días hábiles.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

ERNESTO FORERO VARGAS
Magistrado ponente

SL413-2020
Radicación n.º 65223
Acta 04

Bogotá, D. C., doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la sociedad **FINCA CIBELES S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia el 28 de agosto de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró **JOSÉ MARCIAL MURILLO** contra la recurrente, **RESTREPO ECHEVERRY y CIA LTDA.**, y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

José Marcial Murillo llamó a juicio a las sociedades Finca Cibeles S.A. y Restrepo Echeverri y CIA Ltda., con el fin de que trámite ante el ISS la «*liquidación del valor del cálculo actuarial, la emisión y pago del título pensional o*

bono pensional» por los períodos comprendidos del 26 de mayo de 1986 al 27 de enero de 1992, para la primera y, desde el 17 de febrero de 1994 hasta el 15 de abril de 1994, para la segunda; lapsos para los cuales prestó servicios a las convocadas, sin que ellas cotizaran para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

En armonía con lo anterior, solicitó que el ISS efectúe las liquidaciones y el cobro de los «cálculos actuariales, títulos pensionales o bonos pensionales» y; en consecuencia, reconozca la pensión de vejez a partir del 30 de junio de 2010; cancele los intereses moratorios de las mesadas dejadas de percibir; la indexación de dichas condenas «*de ser el caso se disponga no aplicar intereses de mora*» y; se condene en costas a las demandadas.

En respaldo de sus pedimentos expuso que, desde el 26 de mayo de 1986 ha trabajado para empresas bananeras en la zona del Urabá, es decir, por más de 24 años; que de acuerdo con la historia laboral le figuran cotizaciones a partir del 15 de abril de 1994; que nació el 30 de junio de 1950 y cumplió 60 años de edad el mismo día y mes del año 2010; que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 43 años de edad; que el 16 de julio de 2010 le solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión de vejez; el Instituto por medio de la Resolución 102966 de 22 de marzo de 2010 le negó la prestación; refirió como períodos laborados para diferentes empleadores, los que se relacionan a continuación:

Empleador	Periodos	
	Desde	Hasta
Finca Cibeles S.A.	26/05/1986	27/01/1992
Restrepo Echeverri y CIA Ltda	17/02/1992	15/08/1998
Bananeras de Urabá S.A.	1/09/1998	Actualmente

Agregó que les solicitó tanto a la sociedad Finca Cibeles S.A., como a Restrepo Echeverri y CIA Ltda. el reconocimiento del *«título pensional»* correspondiente al tiempo laborado y no cotizado al ISS, pero que dichos pedimentos fueron negados; que el Instituto llamó a inscripciones a trabajadores y empleadores a partir del 1º de agosto de 1986 en la zona del Urabá según resolución 2362 de 20 de julio de 1986; que el empleador Finca Cibeles no afilió al ISS al trabajador; que para el año 1992 inició una relación laboral con Restrepo Echeverri y CIA, y que ésta lo afilió al Instituto mencionado dos años después.

Indicó que en el reporte de semanas cotizadas del ISS sólo se registró la afiliación a partir del 15 de abril de 1994, cuando ya se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993; que, para el momento de cumplir la edad de 60 años, el Instituto reportó un aproximado de 813 semanas entre abril de 1994 y julio de 2010; que ninguno de los demandados han solicitado al Seguro la elaboración del cálculo actuarial; que no ha recibido indemnización sustitutiva; que pese a su avanzada edad, continúa laborando para el sostenimiento de su familia.

Al dar respuesta a la demanda, el Instituto de Seguros Sociales (f.º 91) frente a las pretensiones manifestó que se

oponía en las relacionadas con el reconocimiento de la pensión de vejez, dado que el actor no cumplía con los requisitos exigidos para acceder a esta, por lo que se debía absolver de todo cargo y condena en su contra. En cuanto a los hechos, indicó que no le constaban.

Propuso como excepciones las que denominó: inexistencia de la causal legal para pedir; inexistencia de la obligación de pagar intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; improcedencia de la indexación de las condenas; buena fe del seguro social; imposibilidad de condena en costas; prescripción; innominada; compensación y; genérica.

Por su parte la sociedad Restrepo Echeverry y CIA Ltda, al contestar la demanda (f.º 99) se opuso al éxito de las pretensiones y en cuanto a los supuestos fácticos dio como ciertos la fecha de nacimiento del actor, que tenía 43 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que el accionante ingresó a laborar para ésta desde el 17 de febrero de 1992 hasta el 15 de agosto de 1998, aclarando que «*se vinculó a laborar con la sociedad RESTREPO POSADA Y CIA LTDA, que posteriormente la sociedad RESTREPO ECHEVERRI Y CIA LTDA*»; que a partir del 1º de agosto de 1986 el ISS asumió los riesgos de IVM en la Zona de Urabá, aclarando que «*al momento de operar el fenómeno de la sustitución patronal siempre la (sic) afilió y cotizó al ISS*», que frente a la falta de inscripción por parte del Restrepo Posada y CIA Ltda., la misma no se debió a una omisión imputable al empleador, sino a la imposibilidad

absoluta creada por el mismo trabajador y las organizaciones sindicales que representaban a la finca la Tortuga, así como a los grupos irregulares quienes «se negaron a consentir la afiliación a las coberturas del seguro social obligatorio de IVM». Frente a los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Formuló como excepciones imposibilidad absoluta del empleador para cumplir la obligación de afiliación y cotización al seguro obligatoria de invalidez, vejez y muerte y/o ISS; prescripción y buena fe del empleador.

Finalmente, la accionada Finca Cibeles S.A., al dar contestación de la demanda (f.º 214) se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, de cara a los hechos, aceptó que la empresa negó el «*título pensional*» al considerar que no tenía derecho a este; que ante el llamamiento de inscripción del ISS en aquellas fincas que se encontraban «*bajo influencia*» de las organizaciones sindicales SINTRAGRO, SINTRAJORNALEROS Y SINTRABANO, la mayoría de los trabajadores se negaron a prestar su colaboración para hacer efectiva la afiliación; que aunado a lo anterior, las organizaciones armadas al margen de la ley prohibieron bajo amenaza que las empresas cumplieran con tal afiliación; que no ha solicitado al ISS la elaboración del cálculo actuarial, pues, consideró que no estaba obligada a ello.

Formuló como excepciones la existencia de imposibilidad absoluta y/o fuerza mayor de la empleadora

para cumplir la obligación de afiliación y cotización al seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte y/o al sistema general de pensiones; buena fe del empleador y; prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Único Laboral del Circuito de Apartadó, mediante fallo del 8 de julio de 2013, resolvió.

PRIMERO: SE DECLARA que la sociedad FINCA CIBELES S.A., debe reconocer y pagar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, la suma que resulte del CÁLCULO ACTUARIAL o CONSTITUIR EL TITULO PENSIONAL por el período correspondiente del 26 mayo de 1986 hasta el 27 de enero 1992, laborados por el señor JOSÉ MARCIAL MURILLO, a su servicios sin haber cotizado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, suma que deberá ser pagada a satisfacción del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, en un término de dos (2) meses contados a partir de la liquidación que haga el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de dicho calculo actuarial, sin perjuicio que después de vencido este, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pueda iniciar válidamente el cobro de estas sumas resultantes, de acuerdo con lo expresado en la parte considerativa.

SEGUNDO: SE DECLARA que la sociedad RESTREPO ECHEVERRI Y COMPAÑÍA LTDA., debe reconocer y pagar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, la suma resultante de CÁLCULO ACTUARIAL o CONSTITUIR EL TÍTULO PENSIONAL por el período de 17 de febrero de 1992 hasta el 15 de abril de 1994, laborado por el señor JOSÉ MARCIAL MURILLO, a su servicios sin haber cotizado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, suma que deberá ser pagada a satisfacción del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, en un término de dos (2) meses contados a partir de la liquidación que haga el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de dicho calculo actuarial, sin perjuicio que después de vencido este, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pueda iniciar válidamente el cobro de estas sumas resultantes, de acuerdo con lo expresado en la parte considerativa.

TERCERO: SE DECLARA que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en Liquidación, debe proceder a liquidar, cobrar y

recibir la suma de dinero que resulte del Cálculo actuarial de las empresas FINCA CIBELES S.A., y RESTREPO ECHEVERRI Y COMPAÑÍA LTDA.

CUARTO: *Por ser el demandante JOSÉ MARCIAL MURILLO, beneficiario del RÉGIMEN DE TRANSICIÓN que consagra el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como se expresó en la parte considerativa, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en Liquidación, debe reconocerle y pagarle LA PENSIÓN DE VEJEZ en cuantía no inferior al salario mínimo, pensión que se causa desde cuando el demandante reunió los requisitos para ello y deberá ser RECONOCIDA Y PAGADA DESDE LA FECHA EN QUE EL DEMANDANTE DEMUESTRE SU DESAFILIACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES, además se ordena la afiliación a una EPS teniendo en cuenta las últimas cotizaciones que hayan pagado al sistema general de pensiones.*

QUINTO: *SE CONDENA al INSTITUTO DÉ SEGUROS SOCIALES en Liquidación, a reconocer y pagar al demandante JOSÉ MARCIAL MURILLO, la INDEXACIÓN de las mesadas que se causen a partir de la fecha en que este demuestre la desafiliación al sistema y hasta la fecha en que se efectué el pago del retroactivo pensional a que hubiera derecho teniendo en cuenta la fórmula que han utilizado la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.*

SEXTO: *SE ABSUELVE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en Liquidación, de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSÉ MARCIAL MURILLO.*

SÉPTIMO: *EXCEPCIONES como se dijo en la parte considerativa. Ninguna prospera.*

OCTAVO: *CONDENAR en costas y agencias en derecho a las codemandadas Instituto de los Seguros Sociales en liquidación en un 80%, a Finca Cibeles S.A. y a Restrepo Echeverri y Compañía LTDA., en un 100%.*

Se fijan como AGENCIAS EN DERECHO el equivalente a cuatro (04) salarios mínimos legales mensuales vigentes del año dos mil trece (2013) para cada una de las codemandadas.

NOVENO: *SE DECLARA que todas las declaraciones y condenas impuestas a favor o en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en liquidación favorecen o perjudican a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.*

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante sentencia del 28 de agosto de 2013 al desatar los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las sociedades Finca Cibeles S.A. y Restrepo Echeverri y Compañía Ltda, confirmó la decisión de primer grado y se abstuvo de interponer costas en la alzada.

En lo que en rigor interesa al recurso extraordinario, el Tribunal centró el problema jurídico en determinar «*si debe ser reconocido el respectivo bono o título pensional a cargo del empleador*».

Seguidamente refirió que no existía controversia en cuanto a la existencia de los vínculos laborales entre el demandante y las accionadas, en los siguientes períodos: con la Finca Cibeles desde el 26 de mayo de 1986 hasta el 27 de enero de 1992 y con la sociedad Restrepo Echeverry y Compañía Ltda. del 17 de febrero de 1992 al 15 de agosto de 1998; lo anterior en razón a que así fue declarado por el *a quo* y tal decisión no fue objeto de apelación por las partes, lo que significaba «*conformidad con tales reconocimientos*».

Posteriormente, indicó que de acuerdo con la resolución n.º 02362 de 20 de junio de 1986, el ISS llamó a inscripción a partir del 1º de agosto de 1986 a los empleadores y trabajadores en los municipios de Chigorodó,

Apartadó y Turbo. Indicó que de la «*prueba aportada al proceso*» se podía colegir que tal inscripción no se llevó a cabo en la fecha indicada, lo anterior en razón a la presión ejercida por los sindicatos y a la renuencia de los trabajadores de la zona para aceptar tal afiliación.

Resaltó que, por causa del conflicto social acaecido en la zona del Urabá, la afiliación oportuna de los trabajadores de las fincas bananeras a los riesgos de IVM en el lapso comprendido entre «*1986 y 1993 y 1994*» había sido compleja; que tal causa «*no imputable al empleador*» impidió que se subrogaran las obligaciones relacionadas con el sistema de seguridad social de que tratan los artículos 193 y 259 del CST; y que para el caso de autos, la afiliación del actor solo se pudo concretar a partir del 15 de abril de 1994 (f.º 35).

Ahora, que si bien, las accionadas tuvieron causas de «*fuerza mayor*» que les imposibilitó afiliar, en su momento, a sus trabajadores, lo cierto era que el tiempo en el cual el demandante prestó servicios para las mismas no podía ser desconocido de tal forma que sea impedimento para acceder a la pensión de vejez.

Posteriormente el *ad quem* se ocupó en recordar que, en otras oportunidades y de cara a la problemática vivida en Urabá, se acogió el sistema de interpretación de la ley denominado «*jurisprudencia de interés*», propuesto por algunos doctrinantes que mencionó, señalando varios postulados de la misma y del juez.

Seguidamente, reiteró que, aun existiendo el impedimento o la fuerza mayor para la afiliación de sus trabajadores, el empleador no se liberaba de la obligación de hacer los aportes correspondientes, los cuales pudo haber hecho de manera retroactiva; que, si bien no desconoce los hechos de violencia presentados en el Urabá; sin embargo, no podía esta situación estar por encima del derecho fundamental a acceder a una pensión por vejez. Indicó que de proceder el pago del título pensional ello no implicaba «*obligar a la empresa a un imposible*», en tanto era obligación como empleador el reconocer la pensión si esta continuaba a su cargo, o la de contribuir con su pago a la entidad de seguridad social que la asumiera.

Agregó que uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los postulados del artículo 48 de la CN era:

[...]

el de garantizar el derecho a la seguridad social a todos los habitantes para entender que frente a una contingencia como la de vejez se pueda asegurar que sus consecuencias no quedan desamparadas, por tal razón, a pesar de que tanto los bonos como los títulos pensionales fueron regulados de manera diferente e independiente, lo cierto es que ambos persiguen una misma finalidad: cuál es la de soporte financiero necesario para respaldar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones, por lo que siempre habrá de entenderse que, cuando un afiliado solicita su reconocimiento, es con miras a mejorar el monto de su pensión o, por lo menos, alcanzar una pensión mínima.

Indicó que el fundamento jurídico de los bonos y de los títulos pensionales estaba consagrado en los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, en donde, además se establecía

la existencia de los dos regímenes solidarios excluyentes, a saber, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad; los cuales les permitían a sus afiliados la selección de cualquiera y su posterior traslado.

Agregó que el literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 consagró que, para el cómputo de las 1.000 semanas requeridas para acceder a la pensión, se tendría en cuenta el tiempo se servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tuvieran a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión «*siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley*» y que más adelante el precepto normativo agregó que «*el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador traslade, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie a satisfacción de la entidad administradora, cuya regulación se encuentra en el Decreto 1887 de 1994*».

Ahora bien, frente al Decreto 1887 de 1994, expuso que:

[...] si bien es cierto que el citado Decreto 1887 en su artículo 1º señaló que se aplicaba a los contratos de trabajo vigentes al 23 de diciembre de 1993 o se hubieran iniciado con posterioridad a dicha fecha, dado que su finalidad fue regular el cálculo para la hipótesis del literal C del parágrafo 1º del artículo 33 de la ley 100, no se debe pasar por alto que el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 del 26 diciembre de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado también por el artículo

15 del decreto 1474 de 1997, hizo de forma expresa la remisión al mencionado Decreto 1887 de 1994 para efectos de hacer también el cálculo correspondiente para el cómputo para pensión del tiempo laborado al empleador que omitió la afiliación a la entidad administradora de pensiones, de la siguiente forma: Artículo 17: el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997 quedará así: "En el caso en que por omisión el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiera cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala en Decreto 1887 de 1994".

Nótese que al hacer la remisión para efectos de realizar el cálculo actuarial por el tiempo laborado para un empleador omiso, el decreto en comento amplió el campo de aplicación contenido en el artículo 1º del decreto 1887 en cuestión y lo hizo de forma pura y simple, pues no puso como condición que la relación laboral estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993 o que hubiera iniciado con posterioridad a esa fecha, no. Igualmente es importante advertir que el no condicionamiento mencionado también se explica en virtud del literal d del artículo noveno de la Ley 797 que modificó el artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, pues tampoco tiene ese requisito, como si lo trajo desde un principio la hipótesis prevista en el literal c del parágrafo 1º del artículo 33 de la citada ley 100. Esta nueva disposición, es decir, la ley 79,7 estableció que se computan para la pensión el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieran afiliado al trabajador a quien se les exige también que se "entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994".

Refirió que como el tema generaba cierta confusión, la Corte había tenido la oportunidad de pronunciarse mediante el radicado «42398 del 20 de marzo de ese año frente a la mutación normativa en el tópico de los tiempos que se deben tener en cuenta en cuanto a la afiliación o no».

Mencionó que al descender al estudio del *sub judice* encontró que la situación del actor se ajustaba a los

literales c) y d) del artículo 33, en tanto a la vigencia de la Ley 100 de 1993, éste se encontraba vinculado con un empleador privado, a saber la sociedad Restrepo Echeverry y Compañía Ltda, y antes de la vigencia del sistema general de pensiones la empresa tenía a su cargo el reconocimiento y pago de las prestaciones asumidas por el ISS; que aunado a lo anterior, también tuvo vínculo con la Finca Cibeles S.A., la cual omitió su deber de afiliación al régimen de pensiones, sin importar que la relación no estuviese vigente a la entrada en vigencia de la mencionada ley; razón por la cual a la parte accionante le asistía el derecho a que le fuese emitido un «*título pensional*» por el tiempo de servicios no cotizados por parte de sus empleadores.

En armonía con lo anterior, consideró que en tratándose de la demandada Finca Cibeles, no era necesario la exigencia de existencia del vínculo al momento de la vigencia de la Ley 100 de 1993, en razón a que la Ley 797 de 2003 y el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 del 26 de diciembre de 2003, le concedía el derecho al trabajador, de cara al no cumplimiento del empleador en su obligación de afiliación o cotización a pensión.

Finalmente, indicó que la interpretación dada por la parte apelante, en relación con una providencia dictada por esa Sala, resultaba «*desafortunada y sesgada*», por cuanto, si bien en ella se expuso el contenido del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, también se hizo mención a la prerrogativa establecida en la Ley 797 de 2003, modificatoria del artículo 33 de la Ley 100 de 1993,

concretamente, el literal d), cuando «se estableció que se computa para pensión el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieran afiliado al trabajador».

Por lo expuesto en precedencia, el juez de alzada dispuso que le asistía razón al *a quo* al condenar a las demandadas al reconocimiento de «títulos pensionales por las cotizaciones correspondientes a los períodos laborales omitidos para su afiliación».

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandada Finca Cibeles S.A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case totalmente «las decisiones tomadas en contra de ella por el *ad quem*», para que en sede de instancia revoque y absuelva de las súplicas impetradas.

Con tal propósito formula dos cargos por la causal primera de casación del trabajo, por la senda jurídica, que fueron replicados y que la Corte estudiará y resolverá conjuntamente, en tanto denuncian idéntico elenco normativo, están encauzados por la misma vía, se valen de similares argumentaciones y persiguen igual finalidad, esto

es, que la empresa demandada recurrente no está obligada a reconocer vía cálculo actuarial, los tiempos laborados por el actor a esa empresa entre el 26 de mayo de 1986 y el 27 de enero de 1992 para el primer contrato de trabajo y en el segundo, del 26 de mayo indicado y el 31 de diciembre de 1991.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía directa y en la modalidad de infracción directa, los artículos 19 del CST y 2356 del CC; en relación con el artículo 1º de la Ley 95 de 1890; 27, 31 y 32 del CC; 41 del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo del 049 del mismo año; violación que condujo a aplicar los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y su modificatorio, el 9º de la Ley 797 de 2003, y el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, «*a un período de tiempo no previsto por ellos*».

Señala que dada la vía de ataque escogida, no discute ninguno de los hechos inferidos por el *ad quem*, admitiendo que el actor estuvo vinculado con contrato de trabajo con la sociedad Finca Cibeles S. A., entre el 26 de mayo de 1986 y el 27 de enero de 1992; que le prestó esos servicios en una parte de la zona del Urabá antioqueño en la que el ISS, el 1º de agosto de 1986, llamó a inscripción en los riesgos de IVM a los empleadores y trabajadores y, que la Finca Cibeles S.A. no pudo afiliar oportunamente al actor en los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por una fuerza mayor que duró hasta los años 1993 y 1994.

Memora lo que el juez de apelaciones expresó sobre la fuerza mayor que le impidió a la demandada afiliar a su trabajador en los riesgos de IVM, a pesar de lo cual no le dio aplicación a los efectos propios de la misma como eximente de responsabilidad, puesto que de todos modos le impuso a mi defendida la entrega de una reserva actuarial.

Afirma que el Tribunal:

Se amparó para rebelarse contra el texto claro de la ley colombiana aplicable, en la teoría de autores extranjeros denominada, según la sentencia, "jurisprudencia de intereses o jurisprudencia sociológica", bastante interesante e importante cuando se trate de interpretar textos oscuros de la ley o para cuando se quiera promover desde el poder judicial una actualización de normas que hayan perdido actualidad y deban adecuarse por el legislador a nuevas circunstancias e intereses generales; pero que no puede servir de arma para pisotear e ignorar una norma vigente cuyo sentido gramatical sea claro. Es más, esta teoría, según la misma sentencia atacada, dice que...

"3. El juez debe obedecer al derecho positivo, ya que la valoración de intereses hecha por el legislador, prevalece sobre la valoración individual del juez".

Lo que pone en evidencia que los promotores y defensores de la "jurisprudencia sociológica" quieren que la legislación vaya al día con todas las nuevas expectativas y circunstancias que el progreso (en cualquier sentido) va creando; pero no que los jueces se apropien de la facultad de legislar, cambiando las normas claras que no les gusten.

Aunque el ad-quem no cita el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, tuvo que haberlo tenido en cuenta cuando admitió que una fuerza mayor había imposibilitado la afiliación oportuna de Murillo.

Que de acuerdo con lo señalado, dice, el ad quem no se percató de que el CST no se había ocupado del tema de los efectos de esa fuerza mayor y que debía acudir al artículo 19 *ibidem* para buscar esos efectos en otras fuentes

formales de derecho, como el CC y los principios generales de derecho, citando el artículo 2356 de la Código Civil, para manifestar que, cuando el daño no pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona, no podía ser condenada a repararlo, salvo que haya una norma de excepción que lo imponga.

Aduce que a la demandada recurrente le era imposible afiliar en el riesgo de vejez del ISS al actor antes del llamamiento que éste hizo el 1º de agosto de 1986 y que no estuvo obligada a afiliarlo después, por la fuerza mayor impeditiva que apenas cesó en 1993, cuando ya el trabajador no tenía esa condición; como tampoco haberlo afiliado con retroactividad, porque cuando cesó la fuerza mayor alegada, en 1993, ya no era su trabajador y, porque la afiliación con retroactividad no era permitida por los reglamentos del ISS.

Expresa que cuando el empleador no tiene a su cargo el reconocimiento y pago de ninguna pensión, ni cuando la vinculación laboral no estaba vigente el 23 de diciembre de 1993, como ocurre en este caso, no existía esa obligación de reconocerle y pagarle al demandante una pensión amparado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como tampoco con el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Como Finca Cibeles S. A. no estuvo obligada a afiliar a José Marcial Murillo, entre el 26 de mayo y el 1º de agosto de 1986 porque el ISS todavía no había llamado a inscripciones, ni entre esta última fecha y el 27 de enero de

1992 (terminación del contrato de trabajo), porque se lo impidió una fuerza mayor, bien inferida por el *ad-quem*, no puede decirse que incurrió en la omisión de no afiliarlo durante el tiempo en que lo tuvo como trabajador y, entonces, tampoco tiene que entregar ninguna reserva actuarial.

Por último, expresa que por lamentable que este caso, dicha responsabilidad es del demandante y debía asumirla, «*si él fue el que decidió no afiliarse y le impidió al patrono afiliarlo, es él el que tiene que sufrir las consecuencias de esa decisión*».

VII. RÉPLICA PARTE ACTORA

La parte demandante en forma conjunta para los cargos, estima que la sentencia del Tribunal debe mantenerse, porque se encuentra en coherencia con los principios generales del régimen de seguridad social, en especial al tratarse de una prestación de carácter irrenunciable.

Aclara que en este caso no se está castigando o sancionando a un empleador incumplido, quedando claro que existe una normatividad que obliga al empleador a contribuir al sistema de seguridad social en pensiones, sin ninguna excepción y que es la misma ley la que permite tener en cuenta los tiempos laborados y no cotizados a la seguridad social para efectos de acumular las semanas requeridas para la pensión, en referencia al artículo 33 de

la Ley 100 de 1993 y 9° de la ley 797 de 2003; deber que tiene el empleador que venía con una obligación pensional frente a su trabajador, la cual queda representada en el cálculo actuarial o título pensional que debe transferir para poder subrogarse de esa obligación pensional, además que el Tribunal resolvió el asunto con la jurisprudencia que sobre casos semejantes ha asumido la Corte, en los que ha planteado que no es viable hacer diferencias a partir de la causa por la que no se hicieron las cotizaciones para dejar por fuera a trabajadores de los empleadores, según éstos hayan debido o no hacer cotizaciones; de la que citó las sentencias CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 32922; SL 4 nov. 2009, rad. 36439; SL 3 mar. 2010, rad. 36268; SL, 24 en. 2012, rad. 35692 y SL 7 oct. 2008, rad. 33380.

Afirma que los anteriores argumentos, desvirtúan y dejan sin piso el supuesto error jurídico que se le atribuye al Tribunal, cuando afirma en la demanda de casación que no estaba obligada a hacer los aportes por el período controvertido y que ninguna de las normas que el recurrente plantea como ignoradas por el *ad quem*, establece la posibilidad de que las prestaciones derivadas de la seguridad social en pensiones se pierdan.

Alude que la referencia que trae la demanda de casación a normas civiles, no tiene razón de ser, porque en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y favorabilidad que rigen la seguridad social, el demandante debe ser considerado dentro de las personas a las cuales va dirigida la protección y por ello, cualquier norma contraria a

los postulados de la Ley 100 de 1993, en especial las que afecten los derechos del afiliado, deben considerarse derogadas o han de inaplicarse; sin olvidar que concretamente el literal d), del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, esas disposiciones legales y las demás que conforman el régimen de seguridad social, lo que busca es precisamente ampliar el espectro para que cobije a la totalidad de trabajadores de la Nación, para cumplir con la vocación de protección universal e integral del sistema.

VIII. RÉPLICA COLPENSIONES

Se presenta en forma conjunta para las dos acusaciones, por cuanto ambos ataques están orientados por el sendero de puro derecho y gozan de similares argumentos jurídicos.

Precisa que en la demanda de casación no se solicita de forma alguna que se imponga condena alguna al ISS, dado que su situación está por fuera del debate jurídico planteado en el recurso extraordinario.

Expresa que no corresponde al ISS, pronunciarse sobre si la recurrente demandada «*LA FINCA CIBELES S.A.*», es responsable de cancelar el título pensional del accionante, pues dicha decisión es completamente ajena a la entidad y por ello, no corresponde a Colpensiones determinar si fue o no acertada la sentencia gravada.

Relieva que el actor no cuenta en este momento con los requisitos necesarios para que se le reconozca y pague su pensión de vejez, la que se reconocerá en el momento en el que reúna los requisitos dispuestos en la ley; siendo improcedente que sea condenada judicialmente esta entidad al reconocimiento y pago de intereses de mora, pues ésta en realidad no se ha producido.

IX. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia en forma idéntica a como lo hizo para el primer cargo, salvo que el alcance de la impugnación la sentencia acusada se debe casar parcialmente; es la misma proposición jurídica, e incluso se vale de similares argumentos a los que plasmó para aquel embate, en particular sobre la existencia de la fuerza mayor «**impeditiva**»; motivo por el cual resulta innecesario para la Sala repetirlo ahora.

X. RÉPLICAS DE LA PARTE ACTORA Y COLPENSIONES

Como quiera que las oposiciones del demandante y de Colpensiones se efectuaron en forma común para ambas acusaciones, la Corte se remite a los que sobre el particular en precedencia se dejó plasmado en los acápites pertinentes de cada réplica efectuada.

XI. CONSIDERACIONES

El problema que concita la atención de esta

Corporación pone en evidencia la confrontación entre los derechos a la seguridad social, en particular del sistema de pensiones y el derecho civil de las obligaciones, por cuanto a través de la seguridad social en pensiones, se pretende garantizar a sus afiliados y beneficiarios, algunas prestaciones que encuentran justificación por la pérdida de la capacidad productiva del ser humano, que requiere mantener un nivel de ingresos futuros para preservar dicha condición, ya cesante, de la familia y demás garantías constitucionales y legales que protegen la dignidad humana y; del derecho civil de orden privado, en donde el régimen de las obligaciones encuentra manifestaciones eximentes de responsabilidad cuando ocurren situaciones que el legislador, por extraordinaria, ha previsto para extinguir una obligación que en principio estaba en una de las partes contratantes y que no plica para el concepto de daño o reparación típica de la órbita privada.

Tanto en el primero como segundo cargo, el recurrente acude a invocar la «*fuerza mayor*» como eximiente de responsabilidad de la empresa, respecto de la obligación pensional consistente en no reconocer los tiempos trabajados por el actor a su servicio y que se acumulan para acreditar el cumplimiento de los años de servicio o semanas de cotización para acceder al beneficio prestacional de la pensión de jubilación o de vejez.

Sin embargo, el análisis que plantea la censura resulta equivocado, al pretender extender figuras propias del derecho privado, a obligaciones de la seguridad social que

tienen otra clara naturaleza jurídica y que no pueden ser comparadas o someterse a las reglas tradicionales del derecho civil sobre eximentes de responsabilidad, por la dimensión superior y especial que involucra las que gobiernan la seguridad social y los principios que la iluminan, tales como la dignidad humana, la solidaridad, la seguridad y protección social y que propenden por la protección del trabajador y del individuo.

Sobre la existencia de la obligación pensional de reconocer los tiempos laborados a empresas en lugares donde no existía cobertura; no hubo afiliación o incluso en donde no fue posible subrogar el riesgo por el accionar violento de algunas organizaciones al margen de la ley, esta Corporación en la sentencia CSJ SL, 21 nov. 2017, rad. 43740, dijo:

Planteada en los anteriores términos la discusión, la Corte considera prudente: i) definir cuáles son las normas llamadas a regular la hipótesis de falta de afiliación del trabajador al Instituto de Seguros Sociales, en los riesgos de invalidez, vejez y muerte – IVM –; ii) establecer, con arreglo a ellas, cuáles son las consecuencias de esa omisión en la afiliación, incluso si en ella no medió culpa del empleador; iii) y, finalmente, con apego a lo anterior, determinar si se cumplen los requisitos necesarios para ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes, a cargo de la empresa, como se suplica en la demanda.

En torno al primer tema planteado, como lo aduce la censura, esta sala de la Corte tiene adoctrinado que, en virtud del carácter retrospectivo de las normas de seguridad social y de los principios de universalidad e integralidad que las rigen, las disposiciones llamadas a definir los efectos de la omisión en la afiliación al sistema de pensiones son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada. En la sentencia CSJ SL14388-2015 la Corte sistematizó su orientación frente al tema, de la siguiente forma:

En torno a este tópico, a partir de sentencias como la CSJ SL, 27

en. 2009, rad. 32179, reiterada en las CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398; CSJ SL464-2013 y CSJ SL16715-2014, esta Sala de la Corte ha definido que las normas llamadas a definir los efectos de la «falta de afiliación» o de la «mora» en el pago de los aportes al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados. Ello a diferencia de los procedimientos de cobro de aportes en mora e imputación de pagos a cargo de las entidades de seguridad social, que, por su naturaleza, sí deben regirse por las normas vigentes al tiempo de la omisión.

Ha dicho la Sala, en ese sentido, que «...las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera.» Ver CSJ SL2731-2015.

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

En este caso, al ser la prestación reclamada en el proceso una pensión de sobrevivientes, la fecha de causación de la misma se daría con la muerte del trabajador, ocurrida el 14 de noviembre de 1991 (fol. 10), de manera que las normas llamadas a regular la controversia eran las vigentes para ese momento. Con ello, como lo dijo el Tribunal y lo admite la censura, se descarta la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, que no estaban vigentes para la referida fecha.

En el anterior orden de ideas, como lo reivindica la censura, el Tribunal debió acudir a disposiciones como los artículos 70 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 de 1989, 19 del Decreto 2665 de 1998 y 41 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que estaban vigentes para

el momento del fallecimiento del señor Carlos Enrique Rengifo Higuita y que regulaban de manera expresa y especial la hipótesis de falta de inscripción del trabajador en el Instituto de Seguros Sociales, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Ahora bien, en vigencia de disposiciones como las mencionadas anteriormente, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, la consecuencia normativamente establecida para supuestos de falta de afiliación del trabajador al Instituto de Seguros Sociales, en los riesgos de invalidez, vejez y muerte, era que el empleador debía asumir las mismas prestaciones que hubiera reconocido esa institución, si se hubiera verificado válida y oportunamente el acto de la inscripción, como lo reclama la censura.

Así lo definía diáfana y claramente el artículo 70 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 de 1989, al prescribir que «...el patrono que no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derechohabientes, las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar...»; el artículo 19 del Decreto 2665 de 1988, al disponer que «...las prestaciones causadas con anterioridad a la afiliación, serán de cargo del patrono en los mismos términos en que el ISS las hubiere otorgado...»; y el artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, al establecer que «...cuando un patrono no afilie a un trabajador deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS en el caso de que lo hubiere afiliado.»

Así también lo ha establecido esta sala de la Corte al decir que:

Ahora bien, contrario a lo que sostiene el censor, esta Sala de la Corte, de tiempo atrás ha sostenido que cuando el empleador no ha cumplido su obligación de afiliar al sistema, lo que apareja que no haya efectuado el pago de las cotizaciones en pensiones, y acontezca el riesgo que aquellas protegen, le corresponde asumir la pensión, pues no es posible que se pierda el derecho pensional por la incuria de quien estaba obligado a aportar a la seguridad social integral.

En efecto, si quien estando llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social, a través de las cotizaciones al sistema, ni siquiera afilia al empleado, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión y eso es precisamente lo que concluyó el juzgador de segundo grado al resolver la controversia, esto es, que ante la inexistencia de la afiliación en pensiones, le correspondía asumir el riesgo, dado que no lo había subrogado, y por ello no advierte esta Sala el dislate jurídico al que se hace referencia. (CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587).

Y, por otra parte, en contravía de lo resuelto por el Tribunal, la

Corte ha clarificado que la consecuencia jurídica de la omisión de afiliar a los trabajadores al Instituto de Seguros Sociales no puede ser la de que el empleador siga a cargo de las prestaciones antiguamente definidas en el Código Sustantivo del Trabajo, pues las mismas se entienden reemplazadas o subrogadas por las definidas en los reglamentos de la mencionada institución. En la sentencia CSJ SL, 13 jun. 2002, rad. 17519, la Sala señaló al respecto:

No obstante la subrogación comentada, desde las primeras regulaciones sobre la seguridad social se previó la hipótesis de que el empleador, estando obligado, no cumpliera con el deber de afiliación de sus trabajadores señalando asimismo las consecuencias de tal incumplimiento, las cuales, bueno es puntualizarlo, nunca fueron las de otorgar las pensiones en las condiciones señaladas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Y en la sentencia CSJ SL, 1 abr. 2008, rad. 32643, recordó la Sala lo adoctrinado en decisiones previas, sobre las consecuencias jurídicas de la falta de afiliación del trabajador al régimen de seguros sociales obligatorios del Instituto de Seguros Sociales y la imposibilidad de que sobrevivan las prestaciones del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

Así lo precisó igualmente esta Sala de la Corte en sentencia de 6 de octubre de 2004, radicación n.º 23137 citada por el Tribunal, donde rememorando los fallos de 27 de enero de 2000 radicación n.º 12336, reiterado el 21 de febrero de 2001, radicación n.º 14975 y el de 16 de agosto de 2001, radicación n.º 16042, dijo textualmente:

"Ahora bien, se denuncia, por la vía directa, la aplicación indebida del artículo 260 del C.S.T., argumentándose que ese precepto está derogado, lo que inclusive acepta el Tribunal, y en la demostración del cargo, entre otros razonamientos, se expone:

'(...) se equivocó el Tribunal al considerar que al no afiliar el empleador a la trabajadora al seguro obligatorio en pensiones, le eran aplicable las disposiciones del código sustantivo del trabajo para resolver su derecho a pensión.'

'Al establecer por primera vez el seguro social obligatorio en pensiones, lo cual ocurrió con la expedición del Acuerdo 224 de 1966, el nuevo régimen pensional de vejez subrogó al consagrado en el código sustantivo del trabajo, tal como este mismo ordenamiento lo había contemplado en su artículo 259.'

'Y esa subrogación no solamente operó respecto del deudor de las prestaciones, sino también del régimen prestacional y por ende, el empleador que no afilie al trabajador al seguro social obligatorio, queda obligado al pago del derecho pensional en los términos del régimen obligatorio y no del contenido en el código'

sustantivo del trabajo(...)'.

'La Corte con relación a la objeción jurídica que se le hace al fallo, ha dicho:

'(..) La sentencia acusada no hace interpretación alguna de las disposiciones indicadas en el cargo, pues cuando afirma que la pensión de vejez que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales está pagando al trabajador, es la que le corresponde al patrono, simplemente está reconociendo que ocurrió el evento previsto en el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.'

'El Reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, fue expedido por medio del Acuerdo 224 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que fue aprobado por el Decreto 3041 de 1966. Como la pensión de jubilación, obligación patronal, corresponde al riesgo de vejez, que ya fue asumido por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, la pensión de jubilación dejó de ser desde entonces obligación patronal en relación con los trabajadores afiliados al Instituto, de acuerdo con la ley y el reglamento.'

'Así mismo, en sentencia de enero 27 de 2000, radicación No. 12336, expresó:

'Independientemente de las consideraciones que se puedan hacer sobre la subrogación pensional en los eventos de inscripción tardía o falta de afiliación al seguro social, la norma aplicable al presente caso era el artículo 70 del Acuerdo 044 de 1989 (aprobado por decreto 3063 del 29 de diciembre de ese año), en tanto esa norma dispone de manera clara que en eventos como el sub lite cuando el patrono '...no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles... las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.' O sea, que una de las consecuencias que le acarrea al empleador la falta de afiliación de uno o varios de sus empleados es que deberá reconocer él directamente la prestación, pero no las consagradas en el C. S. del T., como pretende el impugnante, sino aquellas que el ISS le hubiera reconocido, esto es, pensión de vejez al cumplir 60 años de edad, que es lo exactamente expresa esa disposición (...)."

Como conclusión, para la fecha de la muerte del trabajador, la consecuencia jurídica de su falta de afiliación al régimen de seguros sociales obligatorios era que el empleador debía otorgar las mismas prestaciones que hubiera reconocido el Instituto de

Seguros Sociales, si se hubiera reportado válida y oportunamente la inscripción, entre ellas la pensión de sobrevivientes pedida en el proceso, y no las pensiones definidas en el Código Sustantivo del Trabajo, como lo dedujo erróneamente el Tribunal.

La anterior conclusión no se desdibuja por el hecho de que, como lo adujo la sociedad demandada y lo aceptó el Tribunal, el empleador hubiera incumplido la afiliación por causas ajenas a su voluntad o que hubiera mediado una fuerza mayor, por la oposición violenta de algunas organizaciones sindicales.

En efecto, aunque pudiera admitirse que el empleador no tuvo culpa alguna en el incumplimiento de la afiliación, lo cierto es que, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala, los deberes y responsabilidades derivados del sistema de seguridad social tienen una especial naturaleza jurídica, encaminada a la protección del trabajo y del individuo, de manera que la obligación del empleador de asumir el pago de las prestaciones, en estos especiales eventos de falta de afiliación, no debe entenderse derivada del tradicional concepto de responsabilidad por culpa o negligencia, sino de los efectos del trabajo humano y de la irrenunciabilidad de los beneficios derivados del mismo.

En ese sentido, si bien en condiciones normales, bajo el tradicional derecho de las obligaciones, no podría responsabilizarse al empleador por los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del deber de afiliación, por razones ajenas a su voluntad, lo cierto es que, se repite, la naturaleza jurídica de las obligaciones derivadas de la seguridad social es diferente y supera la de las simples obligaciones civiles y comerciales o del concepto de daño y reparación, de manera que no es posible admitir de manera pura y simple que el empleador, en estos especiales eventos, se libera de cualquier responsabilidad y que el trabajador pierde los efectos de su trabajo, las semanas de cotización o las prestaciones que le corresponden.

En este contexto, a partir de principios como la dignidad humana, la solidaridad, la seguridad y la protección social, la sola relación de trabajo tiene la fuerza jurídica necesaria para fundar y justificar la obligación del empleador de asumir las prestaciones de la seguridad social o de concurrir a su financiación, como un corolario natural del trabajo.

Así lo estableció recientemente esta corporación en la sentencia CSJ SL14215-2017, en la que, si bien se analizó la obligación del empleador de contribuir al pago de una pensión de vejez, a través un cálculo actuarial, en vigencia de la Ley 100 de 1993, se definió la trascendencia del concepto de fuerza mayor en la falta de afiliación, enseñanza que resulta plenamente aplicable a esta situación. Esto dijo la Corte en la referida decisión:

Para hacer frente a lo anterior, cabe señalar que las situaciones de fuerza mayor, las provenientes de autoridad (ej. no cobertura geográfica por decisión administrativa) o sobre las cuales el empleador no puede incidir o determinar su destino, y que de una u otra forma frustran o imposibilitan la afiliación al seguro social obligatorio, no generan la pérdida de las semanas laboradas para efectos pensionales.

En primer lugar, porque la obligación de asumir las pensiones o de contribuir a su financiación, no puede abordarse desde una perspectiva sancionatoria o punitiva. Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al trabajador un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en su desgaste físico natural.

Quiere decir lo anterior que el simple trabajo, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales. No puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, pues, se insiste, son un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable. En tal sentido, la Sala ha defendido la tesis de que «la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado» (SL 33476, 30 sep. 2008).

Y al resolver un caso de idénticos contornos, donde se verificó una imposibilidad de afiliar a los trabajadores al seguro social obligatorio debido a la acción de los movimientos sindicales en zonas bananeras, esta Sala en sentencia SL4072-2017 señaló:

En ese sentido, no se equivocó el Tribunal al concluir que si bien el empleador se encontró en imposibilidad de afiliación -teniendo en cuenta que hasta el 1 de agosto de 1986 no existió cobertura del ISS en el municipio de Apartadó, y que los trabajadores a través del sindicato impidieron la afiliación a los riesgos de IVM hasta el 1 de marzo de 1994-, lo cierto es que no se desliga de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social, de manera que aún conserva ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión, a través de la emisión de un cálculo actuarial.

En esa medida no es cierto, como lo alude el recurrente que las omisiones de afiliación que dan lugar a la emisión del título pensional, son aquellas que aunque obligatorias, resultan imputables al empleador, por culpa o negligencia, pues la jurisprudencia de esta Corte ha evolucionado hasta encontrar una solución común a las hipótesis de omisión en la afiliación al sistema de pensiones, se itera, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que sostiene frente a situaciones de mora en el pago de aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social

siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.

Bajo esa orientación, la Sala reitera que ante la hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, sea por culpa o no del empleador, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad, tal y como lo concluyó el juzgador de segundo grado.

En segundo lugar, en cuanto al argumento de la fuerza mayor esgrimido por el recurrente, es oportuno precisar que una cosa es estar en imposibilidad fáctica de ejecutar temporalmente el acto jurídico de la afiliación a los riesgos de IVM y otra bien distinta es pretender por este motivo desligarse de las obligaciones pensionales permanentemente. En efecto, los obstáculos que hayan podido derivarse de entornos sociales, políticos o jurídicos frente al aseguramiento de los trabajadores no liberan a las empresas de sus obligaciones sociales en materia pensional.

En efecto, superadas tales dificultades, los empleadores tienen a su alcance mecanismos idóneos que les ofrece el sistema de seguridad social en aras de que puedan remediar situaciones irregulares del pasado, lo cual usualmente se da mediante el giro de un título pensional con destino al fondo de pensiones.

Entonces, resulta inaceptable considerar que el trabajo humano puede, bajo determinadas circunstancias, no tener efectos en materia pensional. De una forma u otra, el empleador que se sirve de la fuerza de trabajo de una persona, quien por el transcurso del tiempo ha visto mermada su capacidad laboral, debe contribuir a la cobertura del riesgo de vejez, ya sea mediante el pago directo de la pensión o el giro de un título pensional suficiente.

Admitir la tesis libérrima de las obligaciones propuesta por el demandado, conduciría a aceptar que, no obstante el empleador se benefició de la actividad del trabajador, queda exento del deber de contribuir a su protección social. En este sentido, no sobra aclarar que el pago de la pensión o del aporte para su financiación no es un regalo o una concesión fundada en consideraciones proteicas y etéreas de equidad, sino, se insiste, un derecho derivado del vínculo laboral.

Por esto mismo, los ingredientes subjetivos o de culpa que el casacionista quiere incluir para condicionar el giro del título pensional, son improcedentes, pues la obligación de concurrir al financiamiento de la pensión, además de ser indisponible e irrenunciable, es consecuencia inmediata de la prestación del servicio. Así las cosas, una vez sean derruidas todas las barreras que impidan dar cumplimiento a esta obligación, el

empleador debe utilizar los mecanismos que tenga a su alcance para solucionar los trances en que no pudo satisfacer sus obligaciones con la seguridad social en pensiones, lo cual, como se vio en este caso, se remedia mediante el pago de un cálculo actuarial.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal incurrió en los errores jurídicos denunciados en el primer cargo, en tanto definió que, por la falta de afiliación del trabajador fallecido, el empleador debía reconocer las prestaciones del Código Sustantivo del Trabajo, a la vez que dejó de advertir que la consecuencia de dicha omisión era otra, dada en que, independientemente de que hubiera mediado culpa o no, el empleador debía asumir el pago de las prestaciones que habría otorgado el Instituto de Seguros Sociales si se hubiera reportado válida y oportunamente la inscripción del trabajador, en los términos previstos en los artículos 70 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 de 1989, 19 del Decreto 2665 de 1998 y 41 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, vigentes para el momento del fallecimiento del esposo de la demandante. (Subraya la Corte).

Del mismo modo, en la sentencia CSJ SL, 15 mar. 2017, rad. 47532 se adoctrinó.

Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que

los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos (...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».

En ese sentido, no se equivocó el Tribunal al concluir que si bien el empleador se encontró en imposibilidad de afiliación -teniendo en cuenta que hasta el 1 de agosto de 1986 no existió cobertura del ISS en el municipio de Apartadó, y que los trabajadores a través del sindicato impidieron la afiliación a los riesgos de IVM hasta el 1 de marzo de 1994-, lo cierto es que no se desliga de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social, de manera que aún conserva ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión, a través de la emisión de un cálculo actuarial.

Con base en el anterior panorama jurisprudencial, no se le puede atribuir yerro jurídico al Tribunal y por lo tanto, los cargos resultan infructuosos.

Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo de parte recurrente, por cuanto su acusación no salió victoriosa y la demanda fue replicada. Como agencias en derecho se fija la suma de \$8.480.000, que se incluirán en la liquidación con arreglo en lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

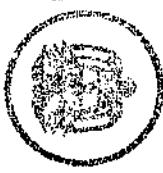
XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO**

CASA la sentencia proferida el 28 de agosto de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JOSÉ MARCIAL MURILLO** contra **FINCA CIBELES S.A., RESTREPO ECHEVERRY y CIA LTDA.**, y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

 República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Secretaría Adjunta	Se deja constancia que en la fecha se desfija edicto.		
	Bogotá, D. C., 19 FEB 2020	5:00 P.M.	<i>[Signature]</i>
		SECRETARIO ADJUNTO	

 República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Secretaría Adjunta	Se deja constancia que en la fecha se fijó edicto.		
	Bogotá, D. C., 19 FEB 2020	8:00 A.M.	<i>[Signature]</i>
		SECRETARIO ADJUNTO	
AJPT-10 V.00			

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS

 República de Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Secretaría Adjunta	Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la presente providencia		
	Bogotá, D. C., 24 FEB 2020	5:00 P.M.	<i>[Signature]</i>
SECRETARIO ADJUNTO			