

Envigado, 27 de noviembre de 2020

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

Referencia : Acción de tutela contra la providencia judicial SL1652-2020 radicación 73177 del 27 de mayo de 2020, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sala de Descongestión #3, con ponencia del H.M. Doctor Donald José Dix Ponnefz
Accionante : Sociedad Agrícola El Retiro S.A.S. EN REORGANIZACIÓN
Accionado : Sala de Descongestión #3 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 Agrícola El Retiro S.A.S. En Reorganización, me permito interponer acción de tutela por vía de hecho en contra de la Sala de Descongestión #3 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual fundamento en lo siguiente:

1- ANTECEDENTES

1.1. A partir del 1° 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 ni los empleadores ni trabajadores 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

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

«...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 por partes iguales, además del Gobierno.

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;

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

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 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 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.*

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*

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

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

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. (Negritas 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. La señora Carmen Alicia Díaz Zuñiga interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad Agrícola El Retiro S.A.S. En Reorganización, a fin de que se condene a la empresa Agrícola El Retiro, entre otras pretensiones, a tramitar ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el pago del cálculo actuarial, título pensional o bono pensional, por el período comprendido entre el 16 de octubre de 1986 y el 31 de octubre de 2003.

Como sustento de sus pretensiones alegó que comenzó a laborar el 16 de octubre

ingresado a laborar con Jaime Velásquez Jhonson. De la misma manera, alegó que desde septiembre de 1994, la entonces propietaria de la finca El Durazno, Agrícola Manglar S.A., la había inscrito al ISS. Manifestó que solo para agosto de 1986 empezó a operar en la zona de Urabá el ISS y que entre esa fecha y finales de 1994, hubo una imposibilidad para la empleadora de afiliar a los trabajadores a los riesgos de IVM, pues los sindicatos Sintagro y Sintrabanano y grupos armados al margen de la ley, impidieron a la empleadora de esa época realizar la afiliación.

1.8. Mediante sentencia del 26 de marzo de 2015, el Juzgado Laboral del Circuito de Apartadó, resolvió:

“ PRIMERO: SE DECLARA que SON VÁLIDAS PARA LA SEÑORA **CARMEN ALICIA DÍAZ ZÚNIGA** (...), en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las semanas cotizadas para pensiones a nombre de la misma señora **CARMEN ALICIA DIAZ ZUÑIGA**, pero con la cedula de ciudadanía N° 39.295.231, entre los ciclos 1995-02 y 2003-10, por lo tanto se deben tener en cuenta para contabilizar el requisito de semanas cotizadas para tener derecho a la pensión de vejez, por las razones expuestas en la parte considerativa de la audiencia.

SEGUNDO: SE DECLARA que la sociedad **AGRÍCOLA EL RETIRO S.A.**, debe reconocer y pagar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, el tiempo a su servicio de **16 de octubre de 1986 a 01 de septiembre de 1994**, obtenido con base en el cálculo actuarial y representado en un bono o título pensional, periodo laborado por la señora **CARMEN ALICIA DÍAZ ZÚNIGA**, a su servicio sin haber cotizado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Esta suma deberá ser pagada a satisfacción de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, en un término de dos (2) meses contados a partir de la liquidación que haga el (sic) Colpensiones de dicho calculo actuarial, sin perjuicio que después de vencido este, COLPENSIONES, pueda iniciar válidamente el cobro de estas sumas resultantes, de acuerdo con lo expresado en la parte considerativa.

TERCERO: SE DECLARA que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, debe proceder a liquidar, cobrar y recibir la suma de dinero que resulte del Cálculo actuarial de la empresa **AGRÍCOLA EL RETIRO S.A.**, por el periodo de **16 de octubre de 1986 a 01 de septiembre de 1994**.

CUARTO: SE DECLARA que la señora **CARMEN ALICIA DÍAZ ZÚNIGA**, (...). Es beneficiaria del régimen de transición, de la ley 100 de 1993 y del acto legislativo 01 de 2005, reuniendo los requisitos para ello el 08 de noviembre de 2009, en cuanto a la edad y el tiempo de servicios o semanas cotizadas. Sin embargo, tiene derecho a que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le reconozca y pague la **PENSIÓN DE VEJEZ**, desde el **09 de octubre de 2013**, fecha en que podrá disfrutar de la misma. Esta pensión se calculó en cuantía de **setecientos mil trescientos noventa y ocho pesos (\$700.398,00)** para el año **año 2013**, con derecho a las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, más los incrementos anuales y la afiliación a una EPS, tal como se dijo en la parte considerativa de esta audiencia.

SEXTO: SE CONDENA a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, como administradora del **Régimen de Prima Media con Prestación Definida**, a reconocer y pagar a la señora **CARMEN ALICIA DÍAZ ZÚÑIGA**, la suma de **TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$35.972,00)** por concepto de indexación de las mesadas caudadas (sic) desde el octubre 2013 hasta el mes de enero del año 2014.

SÉPTIMO: SE CONDENA a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, como administradora del **Régimen de Prima Media con Prestación Definida**, a reconocer y pagar a la señora **CARMEN ALICIA DÍAZ ZÚÑIGA**, los intereses de mora que señala el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 10 de febrero de 2014 hasta que se efectuó el pago, los cuales serán liquidados al momento del pago en la forma como lo señala el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

OCTAVO: LAS EXCEPCIONES, Colpensiones no dio contestación a la demanda. Frente a las excepciones propuestas por **AGRÍCOLA EL RETIRO S.A.** quedan resueltas como se dijo en la parte motiva de la audiencia.

NOVENO: SE CONDENA en costas al (sic) **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y **AGRÍCOLA EL RETIRO S.A.**, **EN UN 100%**

Esta decisión fue objeto de apelación por parte de Agrícola El Retiro S.A. y revisada en grado de consulta.

1.9. Del recurso de apelación conoció la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, quien mediante sentencia del 17 de julio de 2015, confirmó la sentencia de primera instancia e impuso unas costas a cargo de Agrícola El Retiro S.A.

En dicha sentencia se establecieron, como problemas jurídicos, si Agrícola El Retiro estaba obligada emitir un título pensional a favor de la demandante, una vez efectuado el respectivo cálculo actuarial por parte del entonces ISS; la compensación de los excesos de aportes a partir de 2009; la liquidación de estos con los decretos anteriores a la ley 100 de 1993; y si debía integrarse a la Registraduría nacional del Estado Civil para aclarar el porqué de la existencia de varias cédulas a nombre de la señora Carmen Alicia Díaz Zúñiga.

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia concluyó que la inscripción de la señora Carmen Alicia Díaz Zúñiga para los riesgos de IVM no se pudo realizar por la presión de los sindicatos y la negativa de los trabajadores para ser afiliados a la seguridad social en pensiones. Todo lo anterior en un ambiente de violencia que existía en esa época en la zona de Urabá. Reconoció el Tribunal que el conflicto social impidió efectivamente la afiliación oportuna de los trabajadores de las fincas bananeras por causas no imputables a los empleadores y que sólo entre 1992 y 1994 se pudo, de manera gradual, la afiliación general al régimen del ISS. En otras palabras, reconoció la imposibilidad por parte de los empresarios de proceder con la afiliación de sus trabajadores al ISS.

Sin embargo, a pesar de que se reconoce y acepta la existencia de una clara fuerza mayor, concluye que aún existiendo la misma, al no haber ninguna afiliación, ésta se tradujo en una omisión y, por ende, obliga al patrono omiso a reconocer el tiempo

ya constituía un grave error de hecho y de derecho puesto que la reglamentación del ISS, en materia de afiliación, no permitía la afiliación retroactiva.

En su sentencia el Tribunal se apoyó en la sentencia CSJ SL32922 del 22 de julio de 2009.

1.10. Esta decisión fue objeto de recurso extraordinario de casación por parte de la sociedad Agrícola El Retiro S.A., quien argumentó que no pudo afiliar a la actora en el riesgo de vejez del ISS hasta septiembre de 1994, por circunstancias constitutivas de fuerza mayor, hecho ampliamente aceptado y reconocido por el Tribunal. Sin embargo, al momento de proferir sentencia, no le aplicó los efectos propios de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

Adicionalmente, se expuso que no era la ley 100 de 1993 la llamada a resolver la reclamación hecha por la demandante ya que desde la misma demanda no se solicitó la aplicación de dicha ley por considerar su apoderado que, al estar la demandante cobijada por el régimen de transición, las normas aplicables debían buscarse a la luz del decreto 758 de 1990.

1.11. Mediante sentencia SL1652-2020 radicación n.º 73177 del 27 de mayo de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión número 3, con ponencia del H.M. Donald José Dix Ponnetz, resolvió el recurso y decidió no casar la sentencia impugnada, principalmente bajo los siguientes argumentos:

“Frente a la controversia planteada, esta Corporación ya tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia CSJ SL19556-2017, en un proceso donde fungió Agrícola El Retiro S.A., y se concluyó que ni siquiera por motivos de fuerza mayor, el empleador se desliga de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social. En la providencia en cita, se indicó:

[...] 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 derivadas 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.

Importa resaltar que esta Sala de Casación desde la sentencia CSJ SL, 16 de jul. 2014, rad. 41745, adocrinó que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia, en este caso, por impedimentos en la afiliación por parte de los sindicatos, circunstancias que no liberan al empleador de las responsabilidades pensionales y que permiten encuadrarlo dentro de las premisas del lit. c) del art. 33 de la ley 100 de 1993, pues es su deber contribuir para la financiación de la prestación pensional, por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador (a), como aconteció en el sub judice.

ese tiempo efectivamente servido.

Lo anterior en virtud de que deben garantizarse las contingencias que afectan todos los trabajadores, debiendo trasladar, en este caso la sociedad impugnante, el valor del cálculo actuarial a la entidad de seguridad social, con el fin de que se complete la densidad de cotizaciones y se consolide el derecho pensional, tal y como lo resolvió el sentenciados plural..” (sic).

1.12. 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, 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 éstos con la 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 2017¹ 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 respecto 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-269/18² 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*

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 inexecutable 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 resolutive de una sentencia de executibilidad 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 **procedimental**, 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; (...)*

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL4003-2020³ 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 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

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 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión N° 3, a través de la sentencia del 27 de mayo de 2020, 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. CON LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO 1887 DE 1994 EL GOBIERNO NACIONAL EXCEDIÓ SUS FACULTADES REGLAMENTARIAS DESCONOCIENDO OSTENSIBLEMENTE LA CONSTITUCIÓN, POR LO CUAL DEBE SER INAPLICADO VÍA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El fallo objeto de esta acción de tutela obliga a Agrícola El Retiro, S.A.S. En Reorganización, a pagar un título pensional con fundamento en el Decreto 1887 de 1994, normatividad que es ostensiblemente contraria a la Constitución y a 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 Estado⁴ 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*

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.

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.*

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

Artículo 2°. 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.*

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 7°. 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:

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

Donde

INF_t = 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

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 exclusiva 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 Estado⁵ 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.

(...) 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, trabajadores y el Estado 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.

2.2.2. 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 del paralelismo de las 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 Estado⁶ 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. (Subrayas propias).

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 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 de 1886, convirtiéndola de esta manera en un derecho-obligación cierto. Pues bien, el artículo 2° de este decreto estableció:

Artículo 2°. 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 3° a su vez dispuso:

Artículo 3° 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:

Valor de la Reserva Actuarial = (Pensión de referencia x F1 + AF x F2) x F3

Donde:

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 6° dispone:

Artículo 6° 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 7° de dicho decreto se consagró:

Artículo 7° 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 surendición. 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 diferentes, 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 16⁷. 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.

2.2.3. 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 Royo⁸:

En efecto, lo que caracteriza a la función legislativa constitucionalmente definida es el hecho de estar atribuida en régimen de monopolio a las Cortes Generales⁹ (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.

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.

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.

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 periodos, 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 pensionales 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 pensionales.

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 pensionales, 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 pensionales 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.

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 definió 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.

2.2.5. 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 periodos 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 periodos 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 esto una 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 1999¹⁰ mediante la cual declaró inexecutable 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:

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

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 bulto 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 íntimamente 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

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 2000¹¹ 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 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 1999¹² 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 prohibida 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

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 7° 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 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.

2.2.6. Es competencia exclusiva del Congreso establecer y regular las 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. (...)

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 esto cada año, materia que no está regulada en el artículo 33 de la Ley 100 ni en ninguna otra norma expedida por el Congreso. 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.

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 un 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 Política¹³. (Subrayas propias).

De esta manera es claro que las pretensiones de la presente acción de tutela deben prosperar.

2.3. 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”¹⁴.

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 periodos cotizados con anterioridad a esta fecha, la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2001¹⁵, sostuvo:

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

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 se está aplicando a la sociedad Agrícola El Retiro S.A.S. una norma de forma retroactiva, la cual por demás resulta sumamente gravosa y desproporcionada. Veamos.

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). (...)

Esta norma fue modificada por el artículo 9° 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).*

El Decreto 1887 expedido el 3 de agosto de 1994 estableció que el título pensional mediante el cual el empleador debe trasladar las reservas actuariales por los periodos laborados por el trabajador antes del 23 de diciembre de 1994 y no cotizados al ISS, devengaría intereses a cargo del empleador y que estos intereses se capitalizarían año tras año¹⁶, obligación que no existía en el régimen pensional anterior que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

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 consolida 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

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 la 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 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.

Al respecto es importante señalar que la Corte Constitucional, al resolver casos en que se ha condenado a empleadores a reconocer periodos no cotizados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que fue reglamentada en lo pertinente por el Decreto 1887 de 1994, ha ordenado realizar el pago de esos periodos debidamente actualizados, no con base en un cálculo actuarial, reconociendo con ello que las normas a aplicar en estos casos son las que regían al momento en que se causaron esos periodos. Por ejemplo, en la parte resolutive de la sentencia T-770 de 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, dijo:

TERCERO.- ORDENAR a Colpensiones que, en el término de un mes, contado desde la fecha de notificación de la presente sentencia, liquide las sumas actualizadas, de acuerdo con el salario que devengaba el actor en el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 1962 al 22 de julio de 1963, durante el cual laboró para Distribuidora Águila S.A., hoy Bavaria S.A.. Tan pronto efectúe la liquidación, debe informársela a Bavaria S.A. para que ésta transfiera la suma correspondiente.

De igual manera, en la sentencia T-760 de 2014, M.P. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, señaló esta corporación:

SEGUNDO: ORDENAR a Colpensiones que liquide las sumas actualizadas de acuerdo con el salario que devengaba el actor en el periodo comprendido entre el 8 de septiembre de 1985 y el primero de septiembre de 1992.

TERCERO: ORDENAR a Agrícola El Retiro, pagar a Colpensiones el valor de la suma liquidada por esta última, correspondiente a las cotizaciones del período comprendido entre el ocho (8) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y el primero (1) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), indexada a valor presente.

En este sentido es evidente que en materia de seguridad social las normas no pueden ser retroactivas.

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.

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

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. (Negritas y subrayas propias).

Con la aplicación del Decreto 1887 de 1994 se le está imponiendo a la sociedad que represento una carga excesivamente gravosa, pues no solo la obliga a pagar intereses por una obligación de más de hace 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 periodos 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 1999¹⁷, 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 réditos 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

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 1999¹⁸ la Corte Constitucional reafirmó lo dicho en la sentencia C-383 de 1999¹⁹ 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 consecucional 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-acreedor, 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 16 de octubre de 1986 y septiembre de 1994 a favor de la señora Carmen Alicia Díaz Zúñiga, se está rompiendo ostensiblemente el equilibrio entre deudor-acreedor, ya que el capital que debía asumir la sociedad Agrícola El Retiro S.A.S. por ese periodo, calculado al año 2020 con la fórmula del Decreto 1887 de 1994, se incrementa en casi 27 veces el valor de los aportes indexados, lo cual a todas luces

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-747 del 6 de octubre de 1999. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. A través de esta sentencia se declararon inexecutable 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.

es contrario al ordenamiento 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.

2.5. 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 7°²⁰ 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.

²⁰ **Artículo 7° 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 surendición. 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:

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 presencia de este vicio origina la anulabilidad del acto administrativo. Al respecto, el autor José María Boquera Oliver²¹ señala:

“La motivación es la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo²². 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. ²³, <<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.²⁴”

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 Derecho²⁵. 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 situación 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.”

De igual manera, el Consejo de Estado se ha referido a la materia en varios de sus pronunciamientos. Por ejemplo, en sentencia del 2 de junio de 2020²⁶ 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”²⁷.

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 fines²⁸ —que deben corresponder a las consideraciones que lo motivaron²⁹— 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 Derecho³⁰, en el que la constitución, la ley e incluso actos administrativos superiores van determinando un curso de acción,

²⁶ 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.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-371 de 1999.

²⁸ Artículo 44 CPACA. “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza, proporcionando los hechos que la sirven

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 arbitrariedad³¹, 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”³², 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 ley³³.

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 perseguidos³⁴. 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 Corporación³⁵.”

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 2013³⁶, analizó el alcance del referido artículo 84, señalando que la falta de motivación del acto administrativo configuraba el vicio de expedición irregular.

Textualmente dijo:

³¹ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 5ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 222223.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERÁNDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 15ª edición, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 291.

³³ *Ibidem*, en sentido similar GASSAGNE, Juan Carlos, El Acto Administrativo: Teoría y técnicas jurídicas

Ahora bien, la **falta de motivación**, bien puede interpretarse como el vicio formal denominado **expedición irregular**³⁷, 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 obligatoria**³⁸.

En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-371 de 1991³⁹ 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 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.

2.6. 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 Agrícola El Retiro S.A.S. 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:

“Frente a la controversia planteada, esta Corporación ya tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia CSJ SL19556-2017, en un proceso donde fungió Agrícola El Retiro S.A., y se concluyó que ni siquiera por motivos de fuerza mayor, el empleador se desliga de sus obligaciones frente al sistema de

seguridad social. En la providencia en cita, se indicó:

[...] 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 derivadas 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.

Importa resaltar que esta Sala de Casación desde la sentencia CSJ SL, 16 de jul. 2014, rad. 41745, adocinó que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia, en este caso, por impedimentos en la afiliación por parte de los sindicatos, circunstancias que no liberan al empleador de las responsabilidades pensionales y que permiten encuadrarlo dentro de las premisas del lit. c) del art. 33 de la ley 100 de 1993, pues es su deber contribuir para la financiación de la prestación pensional, por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador (a), como aconteció en el sub judice.

Así las cosas, de las consideraciones del juez de apelaciones, no se desprende la equivocación endilgada cuando determinó que si bien existieron situaciones de orden público, que impidieron la afiliación de la accionante desde el momento en que el ISS convocó a los empleadores de la zona, a incorporar a sus laborantes al riesgo de IVM, al momento de inscribirlos pudo pagar la totalidad de los aportes adeudados con efectos retroactivos, dado que el empleador no se libera de sus compromisos frente al sistema pensional por ese tiempo efectivamente servido.

Lo anterior en virtud de que deben garantizarse las contingencias que afectan todos los trabajadores, debiendo trasladar, en este caso la sociedad impugnante, el valor del cálculo actuarial a la entidad de seguridad social, con el fin de que se complete la densidad de cotizaciones y se consolide el derecho pensional, tal y como lo resolvió el sentenciados plural..” (sic).

Ahora, no es objeto de discusión que los derechos pensionales de los trabajadores no pueden ser desconocidos. Sin embargo, lo que tampoco puede desconocerse es 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 que como se dijo son absolutamente gravosos, por los periodos comprendidos entre 1986 y 1994. 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 en ese lapso, 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

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 contra-insurgentes, 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)

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 garante: 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

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 el periodista 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.

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

reiteró que no respaldamos aquellas situaciones que puedan contribuir a crear más conflictos en un momento dererminado.

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 bién 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

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*”, 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* ⁴¹ 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.

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

Frutera de Sevilla – Sinaltraifrú – el Sindicato de Jornaleros Agrícolas – Sindejornaleros 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). (...)

6. 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 Sarmiento⁴², 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 promisorio y atractiva para inversionistas, pequeños rebuscadores de intercambios lícitos e ilícitos, y viandantes jornaleros provenientes de todas las regiones en busca de contrato.

Es promisorio 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.

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*⁴³, 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 Sintagro 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 entretenerlos. 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

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 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 permita el legislador, es que se apliquen beneficios, nunca para imponer cargas que sean más gravosas, como ocurre en este caso.

Aunado a lo anterior, como se anotó en el acápite de hechos, no puede perderse de vista que la sociedad que represento 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

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 vivan 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, 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, así como por el Estado que fue absolutamente incapaz de establecerse en esa zona y de brindar seguridad, garantías e institucionalidad.

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 ordene 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 lleva irremediamente a la desfinanciación de estas empresas, ya que se les obliga a pagar esos aportes retroactivamente con capitalización de intereses, e incluso los aportes que no hizo el trabajador, lo cual a todas luces es inadmisibles, pues ninguna obligación, ni siquiera una de carácter comercial, puede contemplar capitalización de intereses.

2.7. ¿HAY SOLUCIÓN POSIBLE PARA ESTA SITUACIÓN?

Frente a una situación tan excepcional como estas, es imperativo que se adopte una posición conciliadora que permita, por un lado, garantizar los derechos pensionales de los trabajadores y, por otro, que las empresas del sector bananero de Urabá cubran esos aportes de una manera que resulte ser equitativa y que consulte la realidad que se vivió en ese entonces. Pues bien, partiendo del concepto de la plenitud hermética del derecho, según el cual no existe problema jurídico que no encuentre solución en una norma consagrada en el ordenamiento, se presentan varias alternativas:

2.1. Como principal alternativa, se le debe permitir al empleador pagar los recursos de los aportes que por ley le correspondían a él, sin incluir los que le correspondían al trabajador y al Estado, debidamente actualizados, tal cual ha sido ordenado por

durante el cual laboró para Distribuidora Águila S.A., hoy Bavaria S.A.. Tan pronto efectúe la liquidación, debe informársela a Bavaria S.A. para que ésta transfiera la suma correspondiente. (Subrayas propias).

De igual manera, en la sentencia T-760 de 2014, M.P. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, esta corporación dispuso:

SEGUNDO: ORDENAR a Colpensiones que liquide las sumas actualizadas de acuerdo con el salario que devengaba el actor en el periodo comprendido entre el 8 de septiembre de 1985 y el primero de septiembre de 1992. (Subrayas propias).

TERCERO: ORDENAR a Agrícola El Retiro, pagar a Colpensiones el valor de la suma liquidada por esta última, correspondiente a las cotizaciones del período comprendido entre el ocho (8) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y el primero (1) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), indexada a valor presente. (Subrayas propias).

En este mismo sentido han fallado varios despachos judiciales. Al respecto, puede citarse el fallo de tutela No. 1686 del 2 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó y confirmado en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia, en cuya parte resolutive se dijo:

SEGUNDO: ORDENAR a AGRÍCOLA EL RETIRO S.A. que en un término improrrogable de 48 horas siguientes a la fecha de notificación de la decisión, proceda a pagar a COLPENSIONES y esta última a liquidar, recibir y luego actualizar la historia laboral de la señora **OLFA OLIVA MURILLO ALBORNOZ**, el valor actualizado de los aportes para pensión, por el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 1982 y el 13 de septiembre de 1994, de acuerdo con el salario que estuviera devengando para esa época.

2.2. Otra opción que se presenta viable, es que teniendo en cuenta que las normas anteriores en materia pensional consagraban que el empleador tenía a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación a sus trabajadores, si se daban las condiciones para ello, al tratarse de una misma obligación, lo pertinente es que se haga el traslado de esos recursos con base en lo que la normatividad que existe en la actualidad para el caso de traslado de régimen, contemplada en el Decreto 3995 de 2008, *Por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993* que en su artículo 8° dispone:

ARTÍCULO 7o. TRASLADO DE RECURSOS. <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS,

rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los periodos respectivos.

PARÁGRAFO. *Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos. Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia.*

La aplicación de esta disposición permite que el tiempo laborado por el trabajador con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social sea computado para efectos de obtener la pensión de vejez y a la vez permite a las empresas trasladar esos recursos bajo una fórmula más justa, más, jurídica y más legal, sin capitalización de intereses, lo que va a permitir la permanencia y sostenibilidad de la empresa, como fuente de desarrollo social y económico del país, y de esta manera evitar aplicar normas claramente inconstitucionales, ilegales e injustas.

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

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 Agrícola El Retiro S.A.S. En Reorganización.

3.2. Que se deje sin efectos la sentencia SL1652-2020 proferida por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 27 de mayo de 2020 y se ordene proferir una nueva decisión en la que se inaplique el Decreto 1887 de 1994, con una de las siguientes alternativas:

3.2.1. Que se ordene optar por alguna de las cuatro alternativas expuestas anteriormente o cualquier otra que consulte los principios de buena fe, confianza legítima, igualdad y equidad.

3.2.2. Que no se dicte un pronunciamiento de fondo sobre dichas alternativas y que se disponga que este sea un punto que debe ser discutido directamente entre Colpensiones y la sociedad Agrícola El Retiro S.A.S. En Reorganización en un proceso judicial independiente.

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.

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

5.5. 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.

5.6. 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.

5.7. 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”*.

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

5.9. 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.

5.10. Fallo de tutela No. 1686 del 2 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Apartadó.

5.11. Sentencia de segunda instancia No. 91-16 del 13 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Superior de Antioquia, mediante la cual confirmó el fallo de tutela descrito en el numeral anterior.

6- DIRECCIONES PARA NOTIFICACIONES

El Accionante Agrícola El Retiro S.A.S. En Reorganización: Calle 26 Sur # 48-12 en el municipio de Envigado Antioquia; teléfono 3396262, correo electrónico banacol@banacol.co

El Suscrito: Carrera 27 C #23 Sur 51, casa 136 de la Urbanización Reserva de San Jorge en el municipio de Envigado - Antioquia, teléfono celular 3006189744 y teléfono fijo 5812232, 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.ramajudicial.gov.co o notificacioneslaboral@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Terceros interesados:

Colpensiones: Carrera 10 # 72-33 Torre B Piso 11, Bogotá D.C.; teléfono (571)4890909, correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Atentamente,



AGRÍCOLA EL RETIRO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN

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

Referencia : Acción de Tutela contra providencia judicial.
Accionante : Sociedad Agrícola El Retiro S.A.S. En Reorganización
Accionado : Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral – Sala de Descongestión #3

JANETH CECILIA QUIROZ GARCIA, colombiana, mayor de edad, domiciliada en Medellín - Antioquia, identificada como lo indicaré al pie de mi firma, actuando en mi calidad de Representante Legal de la sociedad Agrícola El Retiro S.A.S. En Reorganización, 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 SL1652-2020, RADICACIÓN 73177, de fecha 27 de mayo del año en curso y con ponencia del Honorable Magistrado DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ. Esta sentencia nos fue notificada por edicto fijado el 6 de julio de 2020.

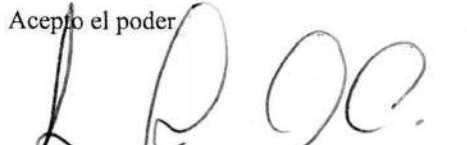
El apoderado cuenta con todas las facultades inherentes para el ejercicio del presente poder, en especial las de presentar la Acción de Tutela, recibir notificaciones, contestar requerimientos, recibir, transigir, conciliar, sustituir, desistir, renunciar, reasumir y todas aquellas que tiendan al buen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

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

Honorables Magistrados,


JANETH CECILIA QUIROZ GARCIA
c.c. 43.726.076 de Envigado

Acepto el poder


LUIS GERMÁN CUARTAS CARRASCO.
c.c. 71.575.612 de Medellín
T.P. 44.708 del C.S. de la J.