



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ
Magistrado ponente

SL2056-2023
Radicación n.º 92642
Acta 29

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, en el proceso que instauró **LERL** contra **LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ASESORES EN DERECHO SAS, FIDUCIARIA LA PREVISORA SA - PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** y, la entidad recurrente.

I. ANTECEDENTES

LERL llamó a juicio a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, la Nación Ministerio de Hacienda y

Crédito Público, Asesores en Derecho SAS, Fiduciaria La Previsora SA, y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, para que se declarara que: fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana SA y, en consecuencia, se condenara a Asesores en Derecho SAS, en su condición de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, a expedir *«la resolución del bono pensional o cálculo actuarial»*; a la Previsora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, a pagar a Porvenir SA el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana SA.

Así mismo, peticionó que la AFP, fuera condenada a *«tener en cuenta el tiempo laborado por el actor en la Flota Mercante Grancolombiana SA»* para la pensión de vejez o *«la devolución de ahorros»* y, que todas las llamadas a juicio, debían sufragarle los perjuicios morales y materiales, junto con intereses de mora, lo que resulte probado *extra o ultra petita* y, las costas.

En subsidio pretendió, se declarara la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café y, en consecuencia, se la condenara, a pagar a Porvenir SA, el título o cálculo actuarial, por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana SA o en su defecto, se gravara con esta condena al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como titular jurídico de la cuenta Fondo Nacional del Café;

de modo que debería pagarle a Porvenir S.A., el título pensional o cálculo actuarial.

En lo que estrictamente interesa al recurso extraordinario, el demandante hizo una amplia narración de sucesos históricos, desde la fundación de la Flota Mercante, hasta su liquidación, posteriormente describió lo concerniente a su situación laboral y pensional. Mencionó que: a la radicación de la demanda, tenía 57 años, contrajo matrimonio católico con María Constanza Vargas Rugeles con quien procreó una hija; laboró para la Flota Mercante Grancolombiana SA mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de abril de 1982 y hasta el 30 de mayo de 1988, que su último salario en la moneda legal colombiana era de \$478.732.88, que indexado a 30 de junio de 1992 ascendió a \$1.217.326,38.

Destacó que La Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., no cotizó para los riesgos de pensión, lo que correspondía a 318,14 semanas, que estuvo afiliado al ISS donde alcanzó 26.

Indicó que se encontraba afiliado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, quien no ha reclamado el cálculo actuarial o bono pensional por el tiempo que laboró al servicio de la Flota Mercante, tampoco el bono de la Armada Nacional.

Afirmó que elevó reclamación administrativa ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Porvenir SA,

Asesores en Derecho SAS y, Fiduprevisora Patrimonio Panflota y, ante la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, el 28 de diciembre de 2016.

Destacó que el valor del cálculo actuarial que se le adeudaba, conforme con el elaborado por un auxiliar de la justicia, ascendía a \$500.000.000.

Fiduciaria la Previsora SA – Fiduprevisora SA., contestó el libelo gestor (f.º 821 a 844), se opuso a los reclamos por carecer de fundamentos de hecho y de derecho. Aceptó que la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Flota Mercante Grancolombiana SA, provee los recursos para el pago de las mesadas pensionales de los jubilados de esta última sociedad ya extinta, cuyo mandatario actual es Asesores en Derecho SAS.

Argumentó que, no asumió la posición ni es subrogataria, cesionaria, o sucesora procesal de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana SA, teniendo en cuenta que su vínculo con esta es única y exclusivamente contractual y que sus obligaciones emanan del contrato de Fiducia Mercantil 3-1-0138 y, por lo tanto, su capacidad se encuentra enmarcada en el contenido de este acto contractual cuyo objeto, como vocera y administradora del patrimonio autónomo Panflota solo le permite realizar los pagos de mesadas pensionales y de los aportes a la EPS, quedando por fuera de órbita lo pretendido por el demandante.

Listó como excepciones de mérito las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y, la «INNOMINADA».

A la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se le tuvo por no contestada la demanda, al no subsanar en los términos que le indicó el *a quo* (f.º 2377).

Asesores en Derecho SAS, manifestó que contestaba la demanda, en condición de «*mandataria con representación (con cargo al) Patrimonio Autónomo PANFLOTA*», y en tal calidad, se opuso a las pretensiones, excepto a la declaratoria de existencia del nexo de trabajo. De los hechos, aceptó que: la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es la administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Flota Mercante Grancolombiana SA, quien provee los recursos para el pago de las mesadas pensionales de los jubilados de esta última sociedad, que el actor trabajó con la Flota Mercante Grancolombiana SA, la edad del demandante, el no pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor de él y, la reclamación administrativa que elevó.

Propuso como excepciones de mérito, la de prescripción y las que tituló: inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos de IVM; imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante; ausencia del presupuesto fáctico para la

procedencia del cálculo actuarial; prescripción, buena fe; inexistencia de la obligación; la innominada o genérica y, oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante (f.º 2329 a 2345).

La Federación Nacional de Cafeteros, en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, se opuso a la prosperidad de las pretensiones tanto principales como subsidiarias, por carecer de fundamento fáctico y legal. De los hechos aceptó: la creación y conformación del Fondo Nacional del Café y los recursos públicos parafiscales que lo conforman, así como que el titular de la cuenta es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Explicó que no procedía la responsabilidad subsidiaria, porque el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 no contempla ninguna presunción que lleve a colegir aquella, por lo que era el accionante quien debía probar en juicio que la situación que dio lugar a la liquidación obligatoria, fue producida con ocasión de las actuaciones realizadas por la matriz. Afirmó que en el *sub lite* no existía la obligación legal para el empleador de efectuar aprovisionamiento alguno para el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones y, menos aún, respecto de aquellos trabajadores que, como el demandante, fueron desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Planteó las excepciones de ausencia de responsabilidad en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de

legitimación en la causa, prescripción y la genérica (f. 2356 a 2375).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, contestó el libelo gestor y rechazó las peticiones incoadas en su contra y, aceptó que el actor se encuentra afiliado a esa entidad, así como la edad.

En su defensa, argumentó que el demandante se encuentra afiliado a la entidad, que aceptó todas las condiciones del régimen de ahorro individual, destacó que si *«concilió su eventual derecho»*, no es su responsabilidad como administradora asumir ninguna carga prestacional, al no contar con los dineros provenientes de un bono pensional, como lo afirmó el accionante, que, en todo caso, quien está obligado es la empleadora, que le deberá también los intereses moratorios.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación por cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación, ausencia de prueba efectiva de daño, inexistencia de daño alegado, innominada o genérica (f. 704 a 714, 2348 a 2355).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá DC, concluyó el trámite y emitió fallo el 27 de junio de 2019 (f.º 2629), en el que decidió:

PRIMERO: DECLARAR que la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, en su condición de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, es responsable subsidiaria de la obligación de transferir mediante el procedimiento administrativo correspondiente el capital adeudado a PORVENIR S.A. con base en el cálculo actuarial que estará representado en bono pensional correspondiente a los aportes pensionales del señor **LERL**, durante el periodo de 05 de abril de 1982 y 30 de mayo de 1988.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que valide en la historia laboral del demandante las semanas correspondientes Con base en el cálculo actuarial que se está ordenando pagar a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café.

TERCERO: ABSOLVER a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA y a ASESORES EN DERECHO S.A.S. en calidad de mandatario con representación de LA COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. PANFLOTA y a la NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la Federación NACIONAL DE CAFETEROS en su condición de ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ dado que no enervaron las pretensiones Y relevarse del análisis puntual de los medios exceptivos propuestos por las demandadas FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA y la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO dado el carácter absolutorio de la Litis frente a estos sujetos procesales.

QUINTO: Condenar en costas de esta acción a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, en la oportunidad serán tasadas.

Inconformes, apelaron la parte demandante la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su

condición de Administradora del Fondo Nacional del Café y Porvenir S.A.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Para resolver los recursos, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, profirió fallo el 30 de septiembre de 2020 (f.º 2686 a 2698), en el que decidió confirmar la sentencia del *a quo* y no imponer costas.

En lo que estrictamente interesa al recurso de casación, fijó como problema a resolver,

Si efectivamente recae en cabeza de la accionada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como vocera y administradora del Fondo Nacional del Café y la obligación de pagar el valor de los aportes, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte del demandante del periodo comprendido del 5 de abril de 1982 al 30 de mayo de 1988, en los términos y condiciones en lo que consideró y decidió la juez de instancia; lo anterior con miras a revocar, modificar o confirmar la sentencia impugnada.

Memoró las normas que regían el *sub examine*, al efecto transcribió: inciso 2 del artículo 259 del CST, los artículos 1 y 38 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966, el literal c) del numeral 2 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el literal d) del parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así como las sentencias CC-T-665-2015, CC-SU-1023-2001.

Como supuestos fácticos fuera de controversia indicó que Ribero Leal, laboró para la extinta Compañía de

Inversiones de la Flota Mercante S.A, mediante contrato de trabajo, desde el 5 de abril de 1982 al 30 de mayo de 1988, en el cargo de tercer ingeniero a bordo de los buques de dicha entidad; iteró que la sociedad empleadora no afilió al actor para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, dentro de dicho periodo.

Anunció que procedía la confirmación de la sentencia del *a quo* en atención a las normas enlistadas, así como con el material probatorio; dijo que no eran de recibo las alegaciones de los recursos de apelación, por cuanto la directa obligada de pagar el pasivo pensional de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., era la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como Administradora y vocera del Fondo Nacional del Café, en los precisos términos de la providencia CC-SU-1023-2001, la parte resolutive del Auto del 22 de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Sociedades; resaltó que también era la encargada de emitir el respectivo título pensional, de acuerdo con el cálculo actuarial que la AFP Porvenir S.A., le presentara en relación con los aportes a pensión del demandante, en concordancia con el literal d) del párrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, artículo 1 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de la misma anualidad y el numeral 2 del artículo 259 del CST.

Agregó que a cargo de Federación Nacional de Cafeteros, también recaía la obligación de pagar totalmente el valor del aporte a pensión del demandante de acuerdo con el cálculo actuarial que la administradora del RAIS le presentara, pues,

así lo establecía el artículo 38 del Acuerdo 224 de 1966, según el cual, si el empleador no descontaba el monto de la cotización del asegurado, en la oportunidad señalada en esta norma, no podía efectuarlo después y las cotizaciones no descontadas al asegurado, serán también de cargo del empleador, normativa por medio de la cual se implementó, en materia pensional, el régimen de los seguros obligatorios administrado por el Instituto de Seguros Sociales, que entró en vigencia el 1 de enero de 1967, que cubría al demandante toda vez que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., no estaba relacionada dentro de las excluidas de que trata el artículo *ibídem*.

Aseveró que no era imperioso transferir el título pensional a la AFP-Porvenir S.A., a través de la Fiduciaria la Previsora, como Vocera y Administradora del Panflota, ya que, la obligación de emitir y pagar el bono, era de la Federación Nacional de Cafeteros, conforme el artículo 50 del Auto del 22 de noviembre de 2012, proferido por la Superintendencia de Sociedades, según documental obrante a folios 809 a 816 del expediente.

Definió que tampoco era un requisito indispensable que Asesores en Derecho SAS., emita previamente, acto administrativo alguno, para la validez y emisión del título pensional que está a cargo de «*FEDERECAFE*» para la cofinanciación de la pensión de vejez de **LERL**, de conformidad con en el literal d) del parágrafo 1 del art. 9 de la ley 797 de 2003, modificadorio del Art. 33 de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte accionada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicita la casación del fallo del Tribunal y, en sede de instancia,

[...] revocar la del Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá (sic) en cuanto condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, para, en su lugar, absolver a la Federación de la (sic) pretensiones, revocar la decisión que se profirió respeto (sic) a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, con referencia a la responsabilidad subsidiaria regulada en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, hacer el pronunciamiento que corresponda.

Como primer alcance subsidiario, pide se case la sentencia *«en cuanto confirma la decisión de primera instancia en lo que respecta a condenar a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, a pagar el cálculo actuarial que se liquide por Porvenir S.A.»* correspondiente al período laborado por el demandante a la Flota Mercante Grancolombiana SA pero no cotizado y, en sede de instancia *«habrá de revocar lo así dispuesto por el juzgado del conocimiento, para, en su lugar, absolverla de tal súplica»*.

Como segundo alcance subsidiario, peticiona la casación de la sentencia de segunda instancia, *«en los*

términos que impone condena a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café», para que, en sede de instancia, se modifique la sentencia de primer grado en el sentido de que a aquella entidad «solo le corresponde pagar una suma equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del valor que del bono pensional resulte de liquidar los aportes para pensión del demandante no pagados y correspondiente al tiempo laborado por este para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y/o compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.».

Con el anterior propósito, plantea 3 cargos por la causal primera de casación, que recibieron réplica y, enseguida se estudian.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa infracción directa del numeral 12 del artículo 150 de la CN, en concordancia con los artículos 19-22 de la Ley 9 de 1995, lo que dio lugar a la indebida aplicación del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con los artículos 822, 1262 y 1263 del C. Co; 2142 y 2186 del CC y, 2 y 6 de la CN; vulneración que conllevó la indebida aplicación del inciso 2 del artículo 259 y 260 del CST; 3, 38 y 59-61 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3141 del mismo año; 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003; 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; 373 del C. Co; 60 del CPC y, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946.

En el desarrollo, que se orienta por la vía de puro derecho, menciona que *«con el mismo se controvierte la decisión del Tribunal de confirmar el fallo de primera instancia en cuanto absolvió a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – de las pretensiones de la demanda»*, al haber analizado con *«simpleza»* ese tema.

Afirma que esta Corporación, entre otras sentencias en las CSJ SL, 28 jun. 2006, rad. 23371 y, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 36927, que reproduce parcialmente, precisó la naturaleza jurídica de los recursos del Fondo Nacional del Café, *«y por ende, deja más que claro cuál es la calidad en que actúa mi mandante con relación al Fondo Nacional del Café, la que, según los términos del fallo gravado, ninguna importancia tenía ni tuvo para su decisión»*.

Manifiesta que a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se le demandó en el *sub lite* como administradora del Fondo Nacional del Café y, en dicha calidad, es que se pide que sea condenada y, si dicho fondo no es persona jurídica, habrá de concluirse que es la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como mandante de la Federación.

Menciona que ese tema fue analizado en la sentencia de la Corte Constitucional CC SU-1023-2001, de la que transcribe varios apartes y, sostiene que la citada Corporación, argumentó que las medidas que allí se tomaban eran transitorias, mientras el juez ordinario definía quién debía responder subsidiariamente según el artículo 148 de la

Ley 222 de 1995, inclusive admitió la posibilidad que fuera la Nación, y esgrime que de acuerdo con providencia CC C-840-2003, el Fondo Nacional del Café se nutre de recursos parafiscales.

Señala que, si el Fondo Nacional del Café no es una persona jurídica, sus recursos son de índole pública, provienen de contribuciones parafiscales y son administrados por la sociedad recurrente, que adquirió acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, ello condujo a que asumiera la condición de matriz de esta última, por tanto, si cabe alguna responsabilidad subsidiaria derivada del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, no puede recaer en el mandante, sino en el mandatario, que era el Estado Colombiano.

Para concluir, aduce que la solución del caso no se puede apoyar en lo previsto en fallo CSJ SL1213-2021, como hizo otra Sala de Descongestión, pues sería equivocado, enuncia los motivos de esta afirmación y manifiesta que la cita que se hace del fallo CC SU-1023-2001, no es correcta porque allí lo que dijo la Corte Constitucional fue que se estudiara el punto materia de controversia sobre *«quién debe responder de manera definitiva, de las obligaciones pensionales a carga (sic) de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.»*.

VII. RÉPLICA

La parte actora sostiene que la acusación se torna infundada, habida cuenta que desde la sentencia CC SU-1023-2001, se ha excluido de responsabilidad subsidiaria a La Nación; aduce que en el transcurso del proceso uno de los demandados es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero ni en la contestación de la demanda, tampoco en la apelación se dijo nada sobre este asunto, cuando esa era la oportunidad procesal, lo que se constituye en un hecho nuevo, lo que en todo caso es extemporáneo.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA., al oponerse a los cargos de manera conjunta refiere que desde la Ley 90 de 1946, se estableció que las empresas que pagaban pensiones a sus trabajadores como en el caso de la extinta Flota, quedaron con la obligación de constituir el pasivo pensional para pagar en el futuro la eventual pensión de vejez, sin embargo, dado que con el llamamiento de la empresa en 1990, la Ley 100 de 1993 y como el accionante ya se había retirado, el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 impuso el deber de emitir bonos pensionales, en palabras de la Corte Constitucional títulos pensionales, integrados con el cálculo actuarial que debía elaborar la AFP a cargo de la cuenta individual del afiliado, hoy demandante. Agrega que la Federación debe cubrir el 100% del cálculo actuarial.

Destaca que la recurrente les atribuye a los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, interpretaciones que escapan a su sentido literal, pues no se trata de omisión de afiliación por parte del empleador, sino ausencia de la cobertura del ISS

antes de la ley general de seguridad social, que vía jurisprudencial ha establecido que los ex empleadores de la época tienen la obligación de contribuir a la formación de la pensión de vejez futura, como lo declaró el Tribunal en la sentencia confutada.

VIII. CONSIDERACIONES

Para el Tribunal la obligada a pagar el pasivo pensional de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., de la cual fue trabajador el actor, es la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora y vocera del Fondo Nacional del Café, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia CC SU-1023-2001, así como el artículo 5 de la parte resolutive del Auto de fecha 22 de noviembre de 2012, proferido por la Superintendencia de Sociedades.

La tesis del colegiado de instancia se soporta en la doctrina de la Sala, contenida en sentencia CSJ SL15310-2014 reiterada, entre otras, en las CSJ SL1973-2019 y, CSJ SL471-2019, donde se enseñó que, la sociedad matriz o controlante Federación Nacional de Cafeteros sí es responsable subsidiaria cuando no desvirtúa la presunción legal del párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995. En los pasajes respectivos se lee:

No controvierte la censura la inferencia del Tribunal relativa a la condición de controlante o matriz de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, respecto de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., EN LIQUIDACIÓN, sino que acusa al juez de la alzada de equivocarse

al dar por probado que la liquidación de la segunda obedeció a actuaciones de la primera.

Para la Sala, está claro que el Tribunal para deducirle responsabilidad subsidiaria a la FEDERACIÓN, una vez estableció el carácter de controlante de la FEDERACIÓN sobre la CIFM, partió de la aplicación del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995; en otras palabras, hizo producir efectos a la presunción legal allí consagrada, según la cual:

Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por causa diferente.

Tal presunción, que estimó el ad quem, no puede ser desvirtuada por el único documento que censura el recurrente, correspondiente al Acta de la Asamblea General de Accionistas, pues si se examina en detalle el texto del acta de marras, se trata de un documento declarativo no manuscrito y que carece de firma.

En el *sub examine*, además de no desvirtuarse la aludida presunción, dada la senda por la que se orienta el cargo no fue objeto de cuestionamiento, la conclusión a la que llegó el juez de segundo grado, coincide con lo enseñado por esta Sala.

De otra parte, en lo que hace al carácter parafiscal de los recursos del Fondo Nacional del Café y su imposibilidad de afectación para finalidades como la aquí debatida, la Sala se remite al análisis que sobre ese tópico plasmó el fallo CC

SU-1023-2001, que al respecto señaló:

16. Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte, frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.

Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.

(...)

En aplicación de los anteriores aspectos, las relaciones entre el Gobierno y la Federación están señaladas en la ley y en el contrato de administración. Así por ejemplo, en el contrato de administración celebrado el 12 de noviembre de 1997 se aprecian los siguientes aspectos referentes a la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café:

a. En la cláusula séptima consagra como obligaciones de la

Federación Nacional de Cafeteros las de invertir y administrar los recursos del Fondo Nacional del Café.

(...)

c. La cláusula undécima contempla entre los ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café, los provenientes de los rendimientos de las distintas inversiones, incluyendo las financieras, y como otros egresos netos los correspondientes a los programas de inversión que incluyan la capitalización o liquidación de las empresas en las cuales el Fondo Nacional del Café sea accionista.

Los aspectos antes señalados, es decir la calidad de matriz o controlante que admite tener la Federación sobre la CIFM, la presunción de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante que consagra el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, el carácter de persona jurídica de derecho privado encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café y el contenido específico del contrato de administración, sirven de fundamento en esta oportunidad para afectar transitoriamente los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con el fin de evitar que se sigan vulnerando derechos fundamentales de los pensionados a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (subraya la Sala).

Aunque el sentenciador de segunda instancia, no se detuvo en la sentencia constitucional citada prohijó la tesis del fallo antes descrito, en la que efectivamente aquella encuentra asidero y la fundamentación sobre la parafiscalidad de los recursos del Fondo Nacional del Café, que no obstante tal condición, sí permite el pago de las condenas.

De lo que viene de decirse, el ataque no tiene prosperidad.

IX. CARGO SEGUNDO

Acusa aplicación indebida de los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el inciso 2 del artículo 259 del CST; 1, 3 y 38 del Acuerdo 226 de 1996 aprobado por el Decreto 3041 de 1966; 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; 1 del Decreto 1887 de 1994; 260 del CST; 6, 29 y 230 de la CN; 59-61 del Acuerdo 224 de 1966; 27 y 31 del CC; 1 del CST y, 66 A del CPTSS.

En la fundamentación arguye que el ataque está ligado al alcance subsidiario de la impugnación, lo orienta por el camino jurídico, *«partiendo de un supuesto de hecho que se dio por establecido en la sentencia de primera instancia»* y que, al no haber sido objeto de inconformidad por alguno de los apelantes, *«debía ser tenido en cuenta y acatado, por el Tribunal, para su decisión, con sujeción al principio de la consonancia regulado por el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social»*, que consistía en que el demandante durante el lapso que prestó sus servicios a la Flota Mercante Grancolombiana SA, no fue afiliado por esta al ISS, por que la empresa no había sido llamada a inscripción para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lo que solo ocurrió el 15 de agosto de 1990.

Afirma que:

[...] la génesis de la interpretación que se tacha de errónea, radica en la supuesta obligación de “aprovisionamiento” que, con referencia a los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, tenía que hacer [el] empleador, para cuando el riesgo de vejez fuera asumido por [el] Instituto de Seguros Sociales, pero, en sentir de la censura, lo es que, en sana lógica, se impone concluir es que

dicho mandato, el que se denomina “aprovisionamiento”, término que en dichas normas no utilizan, se estaba y está predicando es con relación con los trabajadores que, al momento de la afiliación, se encuentren al servicio del empleador.

X. RÉPLICA

El accionante manifiesta que desde la Ley 6 de 1945 y la Ley 90 de 1946 el pago de las pensiones estaba a cargo del empleador y a partir del Decreto 183 de 1964 el ISS llamó a afiliación a las empresas de transporte marítimo entre las que se encontraba la Flota Mercante Grancolombiana SA, no obstante, lo que se retardó en el tiempo fue la inscripción, por lo tanto si existía la obligación legal de las empresas de guardar los aportes para sus trabajadores, criterio que fue ratificado por esta Corporación en sentencias CSJ SL2603-2021 y CSJ SL220-2021.

Porvenir SA indicó que cuando el empleador no estuvo «*compelido*» a afiliar a sus dependientes a la seguridad social ante la falta de cobertura, ello de ninguna manera elimina la obligación del empleador de «*ir haciendo una provisión anual para atender el pago futuro de las pensiones de sus trabajadores*», de acuerdo con lo consagrado en el artículo 259 del CST y, bajo «*la advertencia de que tales prestaciones sólo dejarían de ser atendidas por el mencionado empleador cuando los riesgos fuesen asumidos por el sistema de seguridad social*».

XI. CONSIDERACIONES

En criterio de la censura, no era procedente disponer el pago de un cálculo actuarial, por cuanto no hubo omisión en la afiliación, sino que la falta de pago de los aportes, estuvo motivada en la ausencia de llamamiento a inscripción.

Para dirimir el cuestionamiento planteado, se recuerda que esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL287-2018, analizó, un caso de contornos similares y al respecto, señaló:

El tema puesto a consideración no ha sido pacífico durante los últimos años. En efecto, desde hace más de dos décadas (CSJ SL, 8453 de 1996) y desde entonces hasta el 2014, la Corte fluctuó entre dos criterios; uno, según el cual el empleador no es responsable de la ausencia de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no alcanzó una zona del territorio nacional y, otro, que en oposición considera que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, a través del pago del valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de

pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

(...)

Ahora bien, al descender al caso en estudio se tiene que si bien la obligación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante de afiliar a los «*trabajadores del mar*» al ISS surgió a partir del 15 de agosto de 1990, conforme lo estableció la Resolución n.º 003296 de 1990, es decir, con posterioridad a la finalización del vínculo laboral -8 de enero de 1982-, lo cierto es que el criterio atrás expuesto resulta perfectamente aplicable a este caso, máxime si se tiene en cuenta que desde la expedición del Acuerdo 257 de 1967 emanado del Consejo Directivo del ICSS se dispuso la inscripción de los trabajadores de empresas marítimas a los riesgos de IVM supeditada a la decisión del director general de la entidad, obligación que se implementó tardíamente -23 años después-, por circunstancias ajenas al accionante que no pueden ir en detrimento de su derecho fundamental a la prestación de vejez.

Así las cosas, sin que sean necesarias consideraciones adicionales, el cargo no sale avante.

XII. CARGO TERCERO

Acusa aplicación indebida del artículo 38 del Acuerdo 224 de 1966, en concordancia con el 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003; 1 y 4 del Decreto 1887 de 1994; 6 de la CN; 20 y 22 de la Ley 100 de 1993; 32 del Acuerdo 189 de 1965; 21 y 76 del Acuerdo 224 de 1966; 26 del Decreto 1650 de 1977; 2 del Acuerdo 029 de 1985; 79 del Acuerdo 044 de 1989; 13 del Decreto 2665 de 1988; 45 Acuerdo 049 de 1990; 27 y 31 del CC; 1 del CST y, 29 y 230 del CN.

Manifiesta que *«Lo que controvierte es la decisión del Tribunal de confirmar los términos de la condena que el fallo de primer grado impone a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café [...]*», en cuanto debe asumir el pago del total del valor del cálculo actuarial, que resulte de la liquidación de los aportes no pagados para la pensión del demandante, porque se debió limitar *«al porcentaje que de acuerdo a las normas legales le corresponde al empleador aportar como cotización al sistema de seguridad social en pensiones»*. Alega que como la empleadora no estaba obligada a realizar la afiliación del accionante, tampoco se efectuó descuento al trabajador para efecto de los pagos a pensiones.

Enuncia que se incurre en la intelección errónea del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el 9 de la Ley 797 de 2003, debido a que se condenó a pagar la totalidad del cálculo actuarial, sin ninguna limitación en el monto, no obstante que en esta situación no se presentó omisión de afiliación y dice que el legislador previó como fuente de los recursos del ISS, los aportes de patronos y afiliados y la regla general de la distribución entre ellos, conforme los artículos 32 del Acuerdo 189 de 1965, 2 del Acuerdo 029 de 1985, 79 del Acuerdo 044 de 1989 y 45 del Acuerdo 049 de 1990 y 20 de la Ley 100 de 1993, por tanto, no podía el juez colegiado omitir el principio de distribución en el pago de la cotización para pensión de vejez, relacionado con uno de los principios de la seguridad social a que alude el artículo 2 *ibidem*.

Arguye que es diferente cuando el empleador omite su deber legal, en ese escenario debe asumir la totalidad del pago del cálculo actuarial, pero no es posible aplicar esa consecuencia, que constituye una sanción por lo que representa un cálculo actuarial en un supuesto distinto, como lo es el que se analiza, *«siendo procedente la interpretación que se propone que el empleador solo está obligado a pagar el 75% del valor del cálculo actuarial, y a ella se debe someter la entidad»*.

Sostiene que al resultar claro que el empleador no incurrió en violación de precepto legal alguno, no procede aplicar la misma consecuencia prevista para los casos en que media omisión en el cumplimiento de la obligación de afiliación, esto es, el pago del cálculo actuarial.

Para concluir cita una providencia de esta Sala de fecha *«18 mayo de 2021, radicación 81240»*, para destacar que:

[...] en el caso de los empleadores a cuyo cargo estaba el reconocimiento y pago de la pensión antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, procedía el cálculo actuarial, *‘siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993’*; regulación, por lo demás diáfana y indicativa, en primer lugar, que el legislador no estimó que existiera un vacío legal que remediar y, en segundo término, que con la solución que consagró para dos situaciones concretas, no pretendía extenderla a todos los empleadores que, por cualquier motivo, no afiliaron sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales.

XIII. RÉPLICA

LERL manifiesta que la actual postura de esta Corte en punto al reproche que indica la recurrente, es que el empleador siempre tiene a su cargo «*la estructuración y pago*» del cálculo actuarial en razón al tiempo de servicios laborado sin cobertura por el ISS y en la totalidad en su monto, en la medida en que la carga pensional de jubilación continuó bajo la responsabilidad de los empleadores, aun cuando no hubiera presencia del Instituto de Seguros Sociales en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de industria, lo que respaldó en las sentencias CSJ SL1358-2018, CSJ SL068-2018 y, CSJ SL1616-2022.

XIV. CONSIDERACIONES

El cargo reprocha que el sentenciador de segundo nivel confirmara la decisión del juzgador unipersonal, en cuanto ordenó que la Federación Nacional de Cafeteros asumiera la totalidad del pago del cálculo actuarial, y no exclusivamente el porcentaje que corresponde al empleador en relación con los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

El problema jurídico a resolver, se centra en determinar, si el Tribunal incurrió en un dislate, al confirmar que el cálculo actuarial debía ser sufragado en su totalidad por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, toda vez, que en sentir del libelista, solo operaría de esa manera en aquellos eventos en que el empleador haya incumplido con la obligación de efectuar los descuentos al trabajador, pero en este caso, no se presenta ese supuesto,

dado que para la época en que prestó servicios a la Flota Mercante Grancolombiana SA, no había cobertura del ISS en el lugar de prestación de los servicios.

Aún ante la ausencia de cobertura del ISS, el empleador se halla obligado al pago del cálculo actuarial, sin que el asalariado deba sufragar un porcentaje del mismo, como lo enseñó esta Corporación, entre otras, en CSJ SL3867-2021 (reiterada en CSJ SL244-2022 y CSJ SL1026-2022), en la que se adoctrinó:

Para resolver, esta Corporación debe determinar si corresponde a la empresa recurrente el pago total del cálculo actuarial o si lo debe asumir de manera proporcional con el trabajador, bajo el argumento de que los aportes a pensiones son también proporcionales entre ambos.

Conviene recordar, entonces, que la jurisprudencia de esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el particular, y al respecto tiene establecido que el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social se encuentra exclusivamente a su cargo, sin que el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, permita entender que el trabajador deba contribuir en su cubrimiento, pues lo cierto es que durante el lapso de no cobertura el empleador es el único responsable del riesgo pensional.

Recientemente, en un caso de iguales connotaciones fácticas y jurídicas, la Corte dio respuesta a los reproches de la censura mediante sentencia CSJ SL673-2021, reiterada en la CSJ SL2465-2021 y CSJ SL, 14 jul. 2021, rad. 83301, en la que expuso:

‘En consecuencia, para la Sala el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si se equivocó el ad quem al definir que el pago del cálculo actuarial estaba en su totalidad a cargo del empleador Weatherford South America GmbH’.

‘Al respecto, no le asiste razón a la recurrente en su cuestionamiento, debido a que el cálculo actuarial no es una proyección de cotizaciones o aportes de períodos anteriores, como si se estuviera frente a una mora en la cotización, sino que equivale a parte del capital necesario para financiar una pensión; y aún, si se tratara de aportes, que no lo es, ya se ha dicho, lo cierto es que tampoco acompañaría la razón a la censura, porque el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece que «El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador».

‘El cálculo actuarial que debe trasladar el empleador, representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el sistema general de pensiones, proporcional por supuesto al tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En consecuencia, si el tiempo trabajado fue menor al exigido para que la prestación quedara en su totalidad a cargo del empleador, lo razonable es que transfiera al pagador de la pensión el valor que corresponde en proporción al tiempo trabajado, sin estar obligado el trabajador a realizar aporte alguno para la financiación de la pensión, como no lo está quien es pensionado directamente por el empleador’.

(...)

‘Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, está exclusivamente a su cargo, sin que se haya dispuesto contribuir alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020’.

‘La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente’.

‘Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez

que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan’.

‘Además, el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador’.

‘En efecto, la referida disposición dispone «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’.

Por lo analizado, el cargo no tiene prosperidad.

Costas a cargo de la entidad impugnante, a favor de los replicantes, **LERL** y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA. Como agencias en derecho se fija la suma única de \$10.600.000, que será liquidada en el juzgado, conforme lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

XV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 30 de septiembre de 2020, en el proceso que instauró **LERL** contra la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ASESORES EN DERECHO SAS, FIDUCIARIA LA PREVISORA SA - PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA** y, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.**

Costas como se indicó.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ