



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

Magistrado ponente

SL2057-2023

Radicación n.º 96666

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**, en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 29 de abril de 2022, en el proceso que promovió **AHA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA-** y vinculadas **ASESORES EN DERECHO SAS**, mandataria con representación de **PANFLOTA**, y la entidad recurrente.

I. ANTECEDENTES

AHA, llamó a juicio a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones –

COLPENSIONES, con el objeto de que se le ordenara a la primera, trasladar a esta entidad, los recursos correspondientes al bono pensional, por los periodos comprendidos entre el «21/02/1974 y el 30/07/1981», en que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana; y se condenara a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez a partir del 21 de mayo de 2011, teniendo en cuenta el tiempo laborado para efectos pensionales, los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, lo extra o *ultra petita* que resulte probado; y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, expuso que nació el 21 de mayo de 1951 y es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; que laboró para diferentes empleadores de manera interrumpida, desde el «01/01/1967» hasta el «09/03/2011»; que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES, un total de 848.43 semanas; que prestó sus servicios a la Flota Mercante Grancolombiana S.A., durante el periodo del «21/02/1974» al «30/07/1981», equivalente 388.73 semanas cotizadas, conforme la certificación expedida por dicha entidad.

Mencionó que el 3 de julio de 2011, solicitó al ISS hoy COLPENSIONES, el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual fue negada con la Resolución n.º 29383 de 2013, que le fue notificada el 21 de marzo de ese año, bajo el argumento de que no reunía los requisitos legales, decisión de la cual pidió su revocatoria el 26 de junio siguiente, pero la entidad

resolvió negativamente mediante la Resolución n.º GNR231215 de 2015.

Indicó que posteriormente solicitó a la administradora de pensiones, corrección de su historia laboral y se incluyeran los tiempos laborados en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., a lo cual respondió el 29 de diciembre de 2014, con oficio «BZ2014 10760005» que allegara copias de las certificaciones sobre los aportes realizados a través de las entidades, cajas o fondos de previsión social; que nuevamente, elevó petición el 27 de abril de 2015, para el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo el radicado n.º 2015-14982708-5 que también fue negada con el acto administrativo GNR-188207 de 2015, toda vez que no reunía los requisitos para ello, debido a que solo cotizó 848 semanas.

Por último, dijo que interpuso acción de tutela, a fin de que la entidad de pensiones le respondiera su solicitud, pero emitió la Resolución No. GNR 29051 de 2016, con la cual negó la prestación de pensión de vejez, bajo las mismas razones invocadas en la de 2015; que por tanto, se encuentra agotada la reclamación administrativa.

COLPENSIONES, al contestar, se opuso a todas las pretensiones; manifestó que le constaban los hechos de la demanda, conforme las pruebas allegadas al expediente, sin que ello implicara admisión de sus peticiones.

Arguyó en su defensa, que negó la pensión de vejez deprecada por el actor, porque no reunía los requisitos legales

establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año y artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de mérito, la innominada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación (f.º71 a 77).

La Fiduciaria la Previsora SA - FIDUPREVISORA SA, al contestar también se opuso a las pretensiones; manifestó que no le constaban ninguno de los hechos e instó a la parte actora a su probanza.

En su defensa, explicó las características del contrato de fiducia mercantil suscrito con la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., en liquidación obligatoria e indicó que su objeto fue la constitución de un patrimonio autónomo por parte de la Fiduciaria, el cual se denomina Fideicomiso PANFLOTA, *«con los recursos y bienes que le sean transferidos por el fideicomitente al momento de la celebración del presente contrato, y los recursos que posteriormente le sean trasladados acorde con lo descrito en el contrato»*. Que dicho Patrimonio se constituyó con el fin de que *«administre los recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales y al pago de los aportes a las EPS, a cargo de la compañía de Inversiones de la Flota en liquidación»*.

Presentó como excepción previa, la de *«FALTA DE IINTEGRACIÓN DE LITIS CONSORTES NECESARIOS»*; las de mérito, falta de legitimación en la causa por pasiva,

inexistencia de la obligación, y, la «*INNOMINADA*» que aparezca probada en el proceso (f.º85 a 134).

El *a quo*, mediante auto dictado el 4 de octubre de 2016 (f.º175), ordenó la integración del contradictorio con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la sociedad Asesores en Derecho SAS.

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, respondió que se oponía a todas las peticiones del demandante; en cuanto a los hechos, aceptó los antecedentes históricos de la Flota Mercante Grancolombiana, y de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., la liquidación y terminación de aquella; igualmente la participación del Fondo Nacional del Café, como controlante; y, que el Fondo solo tenía obligación de pagar las pensiones de jubilación de los ex trabajadores en casos específicos.

Argumentó que la cuenta especial Fondo Nacional del Café, no cuenta con personería jurídica y su administración y representación, la ejerce la Federación única y exclusivamente en los términos de ley y del contrato de administración, siendo la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, «*con la participación del gremio caficultor, quien determina en este caso a través del aludido contrato y de las decisiones tomadas en el marco del Comité Nacional de Cafeteros, la forma en que abrán (sic) de administrarse tales recursos*»; razón por la cual, resulta inadmisibles argumentar la existencia de una situación de control entre una cuenta

especial sin personería jurídica y una sociedad anónima de naturaleza comercial.

Afirmó que cualquier eventual responsabilidad subsidiaria, no puede ser imputable a una cuenta especial sin personería jurídica, ni a su administración que actúa en los términos del contrato suscrito con su titular y las directrices impartidas por el órgano director, no estando facultada sino para efectuar los actos expresamente autorizados.

Propuso como medios exceptivos de mérito, los de inexistencia de la solidaridad demandada; inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción e inexistencia de los supuestos jurídicos y fácticos de las pretensiones; (f.º 191 a 201).

Asesores en Derecho SAS, al contestar, adujo de manera previa, que se tuviera a esa sociedad «*únicamente mandataria con representación (con cargo al) patrimonio autónomo PANFLOTA*» y se opuso a las pretensiones dirigidas por el actor en su contra. Aceptó que la Federación Nacional de Cafeteros, proveía recursos para el pago de las pensiones de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; que las únicas obligaciones que tenía eran con cargo a los recursos depositados en el patrimonio autónomo y reiteró que la sociedad liquidada, no dejó activos para satisfacer esas obligaciones y que no debía responder por el cálculo actuarial.

Presentó las excepciones de mérito de «*Inexistencia de la obligación durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada,*

el ISS no había asumido los riesgos I.V.M.»; «Imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo y/o bono pensional del demandante»; 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.°237 a 258).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dictó sentencia el 23 de julio de 2019 (f.°367 a 371), en la que resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADOS, ninguno de los medios exceptivos propuestos por la demandada FIDUPREVISORA y vinculada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, y declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuesta por la vinculada ASESORES EN DERECHO SAS.

SEGUNDO: DECLARAR que **FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A.** incumplió su obligación de afiliar y cotizar al sistema general de pensiones por el actor **AHA** por el periodo del **21 de febrero de 1974 al 30 de julio de 1981**, conforme lo expuesto en esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, para que en el término de 2 meses a partir de la ejecutoria de esta sentencia, proceda a REALIZAR todas las gestiones administrativas tendientes a efectuar la liquidación del cálculo actuarial teniendo en cuenta para ello los salarios devengados por el actor por el periodo **21 de febrero de 1974 al 30 de julio de 1981**, que se encuentran contenidos en el **anexo 1** que hace parte integral de esta providencia, el cual se deberá liquidar teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 135 del código Sustantivo del Trabajo, lo anterior como quiera que el salario percibido por el actor en el interregno de tiempo en comento lo fue en moneda extranjera — dólares-, lo anterior conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Aunado a que la conversión de dichos salarios debe realizarse teniendo en cuenta el valor de la moneda extranjera al **21 de mayo de 2011**, para hacer la conversión, tal como se indicó en la parte considerativa de esta providencia.

Se advierte que dicho cálculo actuarial debe liquidarse y enviarse a la FIDUPREVISORA dentro del término concedido de dos meses, así como a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, debiendo decir que la FIDUPREVISORA es vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA.

CUARTO: CONDENAR a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, para que una vez recibido el cálculo actuarial por COLPENSIONES, remita a la FIDUPREVISORA, como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, los valores a que haya lugar para que esta pueda proceder al pago del mismo, conforme se indicó en el proveído de esta providencia (sic).

QUINTO: ORDENAR a la FIDUPREVISORA, como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, a cancelar a órdenes de COLPENSIONES, el CÁLCULO ACTUARIAL en favor del señor **AHA** [...] por el periodo de **21 de febrero de 1974 al 30 de julio de 1981**, para lo cual se le concederá el término de dos meses contados a partir de que reciba el cálculo actuarial por parte de COLPENSIONES.

Se señala que dentro de los dos meses que se concede para efectuar el pago del cálculo referido, debe adelantar los trámites administrativos ante LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, a efectos de que este remita los dineros correspondientes.

SEXTO: una vez cancelado el cálculo actuarial antes referido por parte de la FIDUPREVISORA como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, **COLPENSIONES** debe reconocer y pagar al señor **AHA**, de condiciones civiles ya conocidas, la **PENSIÓN DE VEJEZ**, de manera inmediata, ello a partir del **23 de JUNIO DE 2016**, la que debe liquidarse teniendo en cuenta el IBL calculado con los salarios devengados en los últimos 10 años o los de toda la vida, tomando como resultado el que le sea más favorable al demandante, y aplicando una tasa de reemplazo del 90%, todo como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

(Negrillas del texto original).

Inconformes con la decisión, el demandante, la Federación Nacional de Cafeteros, la FIDUPREVISORA S.A., y COLPENSIONES, la impugnaron.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante fallo proferido el 29 de abril de 2022 (f.º 119 a 439 cuaderno Tribunal), dispuso:

PRIMERO. MODIFICAR y ADICIONAR el resolutivo **SEXTO** de la apelada y consultada sentencia condenatoria No. 215 del 23 de julio de 2019, para que, previa declaratoria de estar parcialmente probada la excepción de prescripción planteada por COLPENSIONES de todo lo generado (mesadas e intereses moratorios) con anterioridad al 04 de abril de 2013, en el sentido que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** debe liquidar la pensión de vejez del actor conforme al IBL de los últimos 10 años cotizados, al cual se le debe aplicar tasa de reemplazo del 87%, para establecer el monto de la primera mesada pensional a partir del 01 de noviembre de 2011, debiendo liquidar un retroactivo pensional en lo no prescrito desde el 04 de abril de 2013 a razón de 13 mesadas anuales, del cual, se deben realizar los descuentos de ley para salud; de igual forma, se **AUTORIZA** a **COLPENSIONES** a descontar lo pagado al actor por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez reconocida en resolución GNR 283520 del 26/09/2016 (GRF-AAT-RP-2016-12096374-20161012125039 CD f.º 347) por valor de \$16.199.566 -siempre y cuando se haya acreditado su pago al afiliado-, suma que debe ser descontada del retroactivo pensional, debidamente **indexada** al momento en que se efectúe el mismo.

En **lo demás sustancial** y apelado por las partes, se **CONFIRMA SIN COSTAS** en **consulta** como tampoco al actor por haber prosperado parcialmente el recurso de alzada, pero con **COSTAS** a cargo de las apelantes demandadas **COLPENSIONES S.A., FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** y **FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S.A.** en favor del actor, se fija la suma de un millón quinientos mil pesos como agencias en derecho a cargo de cada una. **LIQUÍDENSE** de conformidad con el art. 366 del CGP. **DEVUÉLVASE** el expediente a la oficina de origen.

[...].

(Negrillas del texto original).

En lo que estrictamente interesa al recurso extraordinario, el Tribunal señaló como supuestos fácticos fuera de controversia, que **AHA**, laboró para la extinta Flota Mercante Grancolombiana, entre el 21 de febrero de 1974 y el 30 de julio de 1981 (f.º319 CD); y, que su empleador debió efectuar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, pero «*entró en liquidación con Auto No. 400-010509 de junio de 2013 emitido por la Superintendencia de Sociedades y el proceso culminó con auto No. 400015977 del 24/09/2013 (f.º169 y 170)*».

Expresó que, en virtud de lo expuesto, debía establecer cuál era la entidad llamada a responder por el pasivo pensional y el cálculo actuarial por las cotizaciones correspondientes al periodo laborado por el demandante, punto objeto de apelación de la Federación Nacional de Cafeteros.

Mencionó que en el mismo sentido respondió Fiduprevisora S.A., porque la Superintendencia de Sociedades, mediante auto del «29/11/2000» había designado a la Sociedad Fiduciaria Industrial S.A. hoy Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., entidad liquidadora de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en Liquidación; examinó el contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos celebrado entre esta última compañía y la Sociedad Fiduciaria La Previsora SA. Infirió que ésta actuaba como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y en su calidad de mandante, «*nombra y faculta a ASESORES EN DERECHO SAS*»

mandataria de aquel, en cuyo contrato de mandato se establecieron entre otras, como obligaciones:

Expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los ex trabajadores de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA, liquidada y sus beneficiarios si los hubiere con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, una vez la Federación Nacional de Cafeteros gire los respectivos recursos en cumplimiento de la sentencia SU-1023, proferida por la Corte Constitucional.

Coligió del «*Auto No. 411-11731 del 31/07/2000 expedido por la Superintendencia de Sociedades*», la participación de un 80.07788% de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante y, en consecuencia, su calidad de matriz o controlante, como se indicó en la sentencia CC SU-1023-2001 y consagran los artículos 260, 261 y 437 del Código de Comercio modificados por los artículos 26, 27 y 148 de la Ley 222 de 1995.

En el anterior contexto, indicó que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, administradora del Fondo Nacional del Café y en calidad de matriz o controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., era la responsable solidaria en la obligación de reconocimiento y pago del cálculo actuarial por los tiempos laborados por el promotor del litigio al servicio de la mencionada Flota, entre el «*21/02/1974*» y «*30/07/1981*», como lo establece el parágrafo 1, literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Para lo anterior se apoyó en la sentencia de esta Corporación, CSJ SL287-2018 y luego anotó:

[...] al tratarse de un lapso de servicios anteriores a la vigencia de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, en vigor a partir del 01-04-1994, cuando la relación laboral del demandante para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA había terminado, pues, comprende el lapso *'21/02/1974 hasta el 30/07/1981'*, época para la cual ya estaba vigente la obligación de los empleadores mercantes respecto de los empleados marinos de cotizarles a los riesgos de IVM administrados por el ISS, por disposición del *Acuerdo 257 de 1967, si bien tal obligación se podía deducir de la LEY 90 DE 1946, QUE OBLIGA A TODO PATRONO -PÚBLICO O PRIVADO- HACER RESERVA DE LA PARTIDA EN SU PRESUPUESTO PARA RESPONDER POR LAS SOLICITUDES DE PENSIÓN HOY, LLÁMESE BONO O TITULO PENSIONAL O CÁLCULOS ACTUARIALES A FIN DE GARANTIZAR LOS DERECHOS JUBILATORIOS DE LOS FUTUROS PENSIONADOS.*

Concluyó:

Para tal efecto se le precisa a FIDUPREVISORA S.A., para todos los efectos de estas sentencias y de su cumplimiento, que:

1. Que FIDUPREVISORA S.A., es convocada únicamente en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES PANFLOTA; según contrato mercantil de fiducia No. 3-10138 o sus prorrogas;
2. Que las funciones de FIDUPREVISORA S.A., se limitan a eso, ser vocera y administradora del PANFLOTA, limitando sus acciones a cumplir lo que jurídicamente ordenen los jueces y los responsables de proyectar los actos administrativos por la mandataria contractual ASESORES EN DERECHO S.A.S.;
3. Que el patrimonio de FIDUPREVISORA S.A., para nada está comprometido con tales obligaciones, acciones y cumplimiento que se ordenen con cargo al PATRIMONIO PANFLOTA, no asumiendo el carácter de subrogante, suplente, sustituto, sucesor sustancial/material ni procesal en la responsabilidad de los pagos ordenados por los jueces o autoridad legítima;
3. Que la FIDUPREVISORA S.A., no tiene iniciativa de gasto; solo es ejecutora; como tampoco iniciativa jurídica/administrativa, que tiene solo ASESORES EN DERECHO S.A.S., excepto que lo indique el juez;

4. Que los recursos requeridos para cumplir las obligaciones pasadas, presentes y futuras pensionales y los cálculos actuariales, deben ser suministrados por la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS o la entidad que disponga el reglamento, ley o decisión judicial en su oportunidad correspondiente, a la ejecutora **FIDUPREVISORA S.A.** y con fundamento en los Autos No. 400017782 y No. 400010, expedidos por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.
5. Que las obligaciones de vocera y administradora, como las de pagar que ordene la ley, reglamentos, juez o autoridad legítima, va hasta agotar el PATRIMONIO PANFLOTA;

Por lo tanto, no se accede a la apelación de LA FIDUPREVISORA S.A., y causa costas.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, administradora del Fondo Nacional del Café, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicita la recurrente a la Corte, casar el fallo impugnado que confirmó la decisión de primera instancia, en cuanto declaró no probadas las excepciones propuestas por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café y *«también en lo que respecta a la condena que le impone de pagar el valor del cálculo actuarial que liquide la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-»* para que en su lugar, se le absuelva de las pretensiones formuladas en su contra, ya que *«la responsabilidad subsidiaria que se le imputa con fundamento en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, debió y*

debe ser discutida con la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público».

En subsidio, pide a la Corporación, casar la sentencia recurrida que confirmó la de primer grado, mediante la cual la condenó en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, a pagar el cálculo actuarial que liquide COLPENSIONES, correspondiente al periodo no cotizado durante la vinculación laboral del demandante para la Flota Mercante Grancolombiana S.A., entre el *'21 de febrero de 1974 y el 30 de julio de 1981'*; y, que en sede de instancia, se revocara lo dispuesto por el a quo, para en su lugar absolverla de esta súplica.

Como segundo alcance subsidiario, pretende que la Corte, case parcialmente, la sentencia del Tribunal,

[...] en cuanto confirma el fallo de primer grado respecto a unos de los términos en que condena a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, al pago del cálculo actuarial a favor del demandante. En sede de instancia, habrá de modificar esa condena en el sentido que esta deberá pagar, como valor correspondiente a los periodos no cotizados al Instituto de Seguros Sociales, una suma equivalente a los aportes, a cargo exclusivo del empleador, que debía hacer a la empleadora al demandante (sic) por los lapsos antes aludidos, y con referencia a las tablas de categorías y aportes vigentes para esa entidad durante el precitado periodo; empleador que, para el caso, era la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y/o compañía de Inversiones de la Flota Grancolombiana S.A. En subsidio de esto, lo hará siguiendo las pautas contenidas en las sentencias de tutela de la Corte Constitucional T-435 de 2014, T 543 de 2015 T-194 de 2017, en auto 15 A de 2018 de su Sala Plena, y la T-281 de 2020.

Como tercer alcance subsidiario, la Corte, habrá de casar la sentencia del Tribunal en cuanto confirma el fallo de primera instancia en lo que respecta a los términos que impone condena

a la Federación Nacional de Cafeteros [...], como administradora del Fondo Nacional del Café; y en sede instancia, habrá de revocar los términos de la condena del fallo de primer grado, para, en su lugar, modificarla en el sentido que la Federación [...] 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 tal propósito, formula cuatro cargos por la causal primera de casación, que fueron replicados oportunamente por el demandante y COLPENSIONES.

VI. CARGO PRIMERO

Denuncia que la sentencia impugnada es violatoria por vía directa, en la modalidad de aplicación indebida,

[...] del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 y 126 de la Ley 1116 de 2006, en concordancia con los artículos 822, 1262 y 1263 del Código de Comercio, 2142 y 2186 del Código Civil, 2 y 6 de la Constitución Nacional. Esta vulneración dio lugar, también, a la indebida aplicación de: el inciso 2º del artículo 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo; del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3141 del mismo año, artículos 3º y 38, 59 a 61; del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003; del artículo 64 de la Ley 100 de 1993; del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1999, aprobado por el Decreto 0758 del mismo; artículos 373 del Código de Comercio y 60 del Código de Procedimiento Civil; 72 de la Ley 90 de 1946.

En su desarrollo, sostiene que no discute la conclusión del fallador plural relativa a que *«no se desvirtuó la presunción prevista en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 para la matriz o controlante de la sociedad subordinada que entra en situación de concordante o liquidación obligatoria»*; que su objeción se fundamenta en tres circunstancias que se

dieron por establecidas en la sentencia cuestionada:

i) la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, «*está vinculada a este proceso como administradora del Fondo Nacional del Café, y en esa condición se le impone la condena que se pide anular*»; **ii)** la Federación, «*es de matriz o controlante de la sociedad Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A*», como lo advierte la sentencia CC SU-1023 de 2001 citada por el Tribunal en varias ocasiones como fundamento de sus decisiones; y, **iii)** «*la lógica consecuencia de lo antes transcrito es que, como el Fondo Nacional del Café, por creación legal, es una cuenta corriente de naturaleza parafiscal, su ‘dueño’, así sus recursos, por mandato constitucional y legal, tengan una destinación específica, es el Estado Colombiano, lo que significa que, el aludido Fondo, no es persona*»; y solo las naturales o jurídicas son sujetos de derecho y obligaciones; y, también, «*en ciertos casos, los denominados patrimonios autónomos, condición de la que carece el Fondo Nacional del Café*».

Aduce que basado en las anteriores premisas, lo que se controvierte y discute, es que,

[...] a la Federación [...] como administradora del Fondo Nacional del Café, que, se repite, es la calidad en que se encuentra vinculada al proceso, el Tribunal haya confirmado la condena en los términos que con respecto a ella se hizo por el juzgado del conocimiento. Esto porque siendo indiscutible que si fue en ese carácter que se le convocó al proceso y se le impuso una condena, esa circunstancia tenía y tiene implicaciones legales que no fueron aplicadas debidamente por el Tribunal.

Y una de esas implicaciones era y es, que esa calidad en que actuó y actúa la Federación Nacional de Cafeteros en este proceso, le imponía al juzgador, determinar quién era el mandante de la

Federación y, consecuencialmente, de estar vinculado al proceso, imponer a este la condena, y no fulminarla como lo hizo, al mandatario.

Sostiene que, como el Tribunal no procedió en la forma señalada, incurrió en la infracción de los artículos 822 y 1266 del Código de Comercio y el 2186 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1262 y 1263 del Código de Comercio y 2142 del Código Civil, aunado a que el Fondo Nacional del Café, al no ser persona jurídica, y «*sus recursos provienen de dicho Fondo, habrá de inferir que es la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público como mandante de la Federación Nacional de Cafetero (sic), a quien encomendó la administración del Fondo*» la llamada a responder subsidiariamente.

Afirma que la sentencia CC SU-1023-2001, señaló que «*la medida que allí se toma es transitoria frente a la Federación [...], Fondo Nacional del Café, porque será el juez ordinario el que en definitiva establezca a quien corresponde la responsabilidad subsidiaria del artículo 148 de la Ley 222 de 1995*», inclusive admitió la posibilidad de que fuera la Nación; y, que de acuerdo con la providencia CC C-840-2003, el Fondo Nacional del Café se nutre de recursos parafiscales y reprodujo unos segmentos de aquella, que fueron citados en el «*fallo gravado*».

Finalmente, refiere:

En consecuencia: **si el Fondo Nacional del Café no es persona jurídica; si sus recursos que provienen de una contribución parafiscal, son de índole pública, inclusive lo advierte la sentencia gravada; si la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia actúa como administrador de dicho Fondo, siendo su**

mandante el Estado Colombiano; si la Federación [...] en dicha calidad, adquirió la condición de matriz o controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; y si en virtud de la liquidación de dicha sociedad filial, cabe aplicar la responsabilidad subsidiaria consagrada y regulada por el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, se tiene que la misma debe recaer en el mandante, o sea, el Estado Colombiano, y no en el mandatario; de no ser así, se le estaría y está imponiendo una obligación a quien no es persona y, además, si por cualquier circunstancia cesa la contribución cafetera que nutre el Fondo, aquella desaparece, lo que sería funesto para el caso de las obligaciones pensionales que son de tracto sucesivo.

(Negritas fuera del texto original).

VII. RÉPLICA

El demandante dice que el cargo es infundado, en la medida en que desde la sentencia CC SU1023-2001, «*se ha excluido la responsabilidad subsidiaria de la Nación*»; que la Federación debe pagar el cálculo actuarial, como «*administradora del Fondo Nacional del Café*», porque es la entidad controlante de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, y, por tanto, «*es sujeto de derechos y obligaciones*».

Sostiene que como la acusación se dirige por la senda directa, no se discute sino que se admite la conclusión del colegiado en cuanto a que no se desvirtuó la presunción contenida en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 respecto de la Federación Nacional de Cafeteros, -como administradora del Fondo Nacional del Café-, así que es evidente que el Tribunal no incurrió en error, al establecer la responsabilidad subsidiaria de esta entidad, sobre la obligación de asumir el reconocimiento del cálculo actuarial en el tiempo laborado por el actor sin afiliación al ISS.

COLPENSIONES señala que conforme lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL3154-2022, no es un asunto que le incumbe dilucidar, pues no le asistiría razón a la entidad recurrente; que en esos términos, la Federación Nacional de Cafeteros es la responsable de las acreencias como accionista de la Flota Mercante Grancolombiana S.A, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., que resulten de los cálculos actuariales correspondientes al tiempo en que no realizó la afiliación de los trabajadores al fondo pensional.

VIII. CONSIDERACIONES

El Tribunal concluyó con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia laboral de esta Corporación y de la Corte Constitucional, que los empleadores deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, a pesar de que no tuvieran la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS por falta de cobertura; ello, en razón a que estos tienen derecho a que se efectúen las cotizaciones que les permitan acceder a la pensión y la obligación de las entidades de seguridad social, a tener en cuenta dichos tiempos de servicio como efectivamente cotizados y la obligación del empleador a pagar el cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

En esa medida, también coligió la responsabilidad subsidiaria de la obligación pensional a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, dada su calidad de «matriz

o controlante» de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en tanto no desvirtuó la presunción legal del párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, conforme el criterio aplicable a partir de la sentencia CC SU1023-2001.

La acusación persigue inicialmente que no se grave con la responsabilidad subsidiaria a la Federación Nacional de Cafeteros, sino al Ministerio de Hacienda, sin embargo, ello no es posible, pues la disertación y conclusión del juez plural, sobre la obligada a responder una vez se agoten los recursos del patrimonio autónomo, encuentra asidero en la doctrina de esta Sala, plasmada en la sentencia CSJ SL15310-2014 reiterada en las CSJ SL1973-2019 y CSJ SL471-2019, en las que se dijo que la sociedad matriz o controlante Federación Nacional de Cafeteros es responsable subsidiaria, cuando no desvirtúa la presunción legal del párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

En los pasajes respectivos de la CSJ SL15310-2014, 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 párrafo 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.

El anterior criterio lo reiteró la sentencia CSJ SL3154-2022, en cuanto señaló los efectos por falta de afiliación del trabajador o por la no realización de las cotizaciones antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, al igual que la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante, conforme la presunción del artículo 148 de la Ley 222 en situaciones de concordato y liquidación de la empresa subordinada, salvo que se demuestre lo contrario (CC SU1023-2001).

También alude la censura al carácter parafiscal de los recursos del Fondo Nacional del Café y su imposibilidad de afectación para finalidades como la aquí debatida; sin embargo, se memora que, para analizar esa temática, el juez colegiado se remitió al mencionado fallo CC SU-1023-2001, pronunciamiento en el que efectivamente halla soporte la decisión impugnada, pues en algunos de los segmentos dijo la Corte Constitucional:

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. (Subraya la Sala). [...].

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. [...].

(Subrayas del texto original).

Conforme a dicha providencia, no resultan desatinadas las conclusiones del fallador plural, máxime que como lo

enseñó la Corte Constitucional, en dicha providencia, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia 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 [...] del café colombiano, y las inversiones en la Flota [...] así lo evidenciaron en su momento*».

De acuerdo con lo expuesto, el cargo no sale avante.

IX. CARGOS SEGUNDO Y TERCERO

En el segundo cargo, denuncia violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; 33 y 64 de la Ley 100 de 1993; 1 y 4 del Decreto 1887 de 1994; 17 del Decreto 3798 de 2003, en concordancia con los artículos 1 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo; 6, 29 y 230 de la Constitución Política; 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966; y 27 y 31 del Código Civil.

En el tercero, por la misma vía y concepto de violación, enuncia el artículo 33, parágrafo, literales *c)* y *d)*, de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 64 de la Ley 100 de 1993; 6 de la Constitución Política; 31 del Código Civil; 72 de la Ley 90 de 1946; y 1 al 5 del Decreto 1887 de 1994.

Sostiene que el criterio actual, sobre la obligación de asumir el pago del cálculo actuarial por tiempos no cotizados debido a ausencia de cobertura, es inadecuado, en tanto era imposible llevar a cabo la afiliación y el pago de los aportes. Cuestiona que esa obligación se edifique sobre un pretendido

deber de «*aprovisionamiento*», que no emana de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, ni del 260 del estatuto laboral.

Adiciona que tampoco cabe la invocación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, porque el cálculo actuarial allí dispuesto está restringido a empleadores que omitieron el deber de afiliación o tienen a su cargo prestaciones por jubilación o vejez, siempre que la vinculación laboral esté vigente o hubiese iniciado después del 1 de abril de 1994, que tampoco corresponden a los supuestos en discusión.

En sustento de la tercera acusación y con apoyo en el mismo contexto descrito, arguye que si 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. Considera que lo razonable es dispensar el mismo tratamiento que se impone al que afilió a su trabajador, pero incurrió en mora en el pago de cotizaciones, es decir, pagar los aportes, indexados o con intereses de mora.

X. RÉPLICA

El demandante advierte la legalidad del fallo cuestionado, pues fue emitido dentro del marco legal y jurisprudencial aplicable y en ese orden, el cálculo actuarial, quedó en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, puesto que la obligación de cubrir los tiempos laborados por

el trabajador de la extinta Flota Mercante, cuando no existía cobertura del ISS, se efectúa en los términos del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y 33 de la Ley 100 de 1993, normas que no establecen responsabilidad en cabeza del trabajador.

COLPENSIONES, por su lado, expresa que se equivoca la censura en sus afirmaciones, pues es el mismo parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el que establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de dicha ley, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, debe tenerse en cuenta para efecto pensional, *«para lo cual, el empleador o la caja deberá trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, mediante la expedición de un bono o título pensional, sin que exista obligación por parte del trabajador de asumir el pago de algún porcentaje»*.

XI. CONSIDERACIONES

En lo fundamental, la censura cuestiona la condena impuesta a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, a pagar el cálculo actuarial por los tiempos trabajados por el actor para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. durante el lapso del 21 de febrero de 1974 al 30 de julio de 1981. Aduce que no se reúnen los supuestos del artículo 33, literales *c)* y *d)*, parágrafo 1, de la Ley 100 de 1993, pues no hubo omisión en la afiliación; tampoco, de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, ni 260 del estatuto laboral, en tanto no se trata de derechos adquiridos bajo esa normativa.

Argumenta que la obligación pensional no fue subrogada por el sistema de seguridad social por falta de cobertura, por lo que no procede el cálculo actuarial, que considera más gravoso y, por tanto, reservado para aquellos empleadores que violen la ley de seguridad social; y a su juicio, las cotizaciones solo deben pagarse indexadas o con intereses de mora.

Para resolver las inconformidades planteadas, basta recordar que la Sala ya ha tenido oportunidad de definir en procesos adelantados contra la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., que los tiempos no subrogados por falta de cobertura tienen plena incidencia de cara al sistema general de pensiones, en atención a la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social. Ha precisado que los empleadores mantienen su responsabilidad en materia pensional con aquellos trabajadores que les han prestado servicios, y no fueron inscritos en el entonces Instituto de Seguros Sociales por cualquier causa. Así se pronunció esta Corte en la sentencia, CSJ SL287-2018 en los siguientes términos:

Conforme esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, la Sala definió: *(i)* que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; *(ii)* que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y *(iii)* que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad

social».

[...].

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 riegos 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.

No cabe duda, de que los tiempos servidos no cotizados por falta de cobertura, deben reconocerse a través de un cálculo actuarial, tal cual quedó definido en sentencia CSJ SL2465-2021:

[...] corresponde al empleador efectuar el pago de la totalidad del cálculo actuarial por falta de afiliación, teniendo en cuenta que el mismo difiere sustancialmente de las simples cotizaciones o aportes indexados o con intereses moratorios, como si se tratara de periodos en mora de pago, pues representa la proporción de capital necesario para sufragar la pensión, con relación al tiempo de servicios en el que el empleador fue el único responsable de la prestación.

Conforme lo expuesto, en ningún error incurrió el *ad quem* al disponer el pago de los aportes causados por los servicios prestados por el actor a la Flota Mercante Grancolombiana S.A., en aquellos lapsos en que no hubo cobertura del sistema. Tampoco, al inferir que ello debía materializarse a través del pago del cálculo actuarial y no a través de cotizaciones indexadas o intereses de mora.

Por lo discurrido, los mencionados cargos no prosperan.

XII. CARGO CUARTO

Denuncia que la sentencia recurrida es violatoria de la ley sustancial por vía directa, en la modalidad de interpretación errónea,

[...] del artículo 33 la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con los artículos 64 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, lo que dio lugar a la aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 1887 de 1994, en concordancia con los artículos 6 de la Constitución Nacional, 20 y 22 de la Ley 100 de 1993, 32 Acuerdo 189 de 1965, 21, 38 y 76 del Acuerdo 224 de 1966, 26 del Decreto 1650 de 1977, 2º Acuerdo 029 de 1985, 79 Acuerdo 044 de 1989, 13 de Decreto 2665 de 1988, 79 Acuerdo 044 de 1989, 45 Acuerdo 049 de 1990, 27 y 31 del Código Civil, 1º del Código Sustantivo del Trabajo, 6, 29 y 230 de la Constitución Nacional.

Para su demostración, dice que la acusación se relaciona con el tercer alcance subsidiario de la impugnación y, que para los efectos, *«se admite a pesar de lo discutible del mismo»*, el criterio que, desde la sentencia del *«16 de julio de 2014, radicación 41745»*, esta Corte fijó y está aplicando en el sentido que aún en el caso de que no se trate de ausencia de afiliación por omisión, sino de falta de llamado a inscripción, el empleador tiene a su cargo *«la estructuración y pago del cálculo actuarial derivado del tiempo de servicios prestado sin cobertura del ISS»*.

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 la misma 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*»; 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 *ibídem*.

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, en tanto lo razonable es dispensar el mismo tratamiento que se impone al que afilió a su trabajador, pero incurrió en mora en el pago de cotizaciones, es decir, pagar los aportes indexados o con intereses de mora.

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

La parte demandante señala que el cargo no debe

prosperar, según la postura actual de esta Corporación, que en sentencia CSJ SL3867-2021, sostuvo que «*no puede tratarse el pago del cálculo actuarial como si correspondiera a un simple aporte al sistema de seguridad social cuando en realidad tiene una naturaleza diferente y, por tanto merece un trato distinto*», que por ello la tesis de la impugnante no puede ser acogida, pues como lo dijo acertadamente el fallador, el pago de dicho cálculo le corresponde a la ahora recurrente.

COLPENSIONES manifiesta que el cálculo actuarial es el mecanismo previsto por el legislador para convalidar tiempos laborados sobre los cuales no se realizaron aportes y debe responder el empleador, al margen que no hubiera cobertura o el nexo de trabajo no estuviera vigente para cuando entró a regir la Ley 100 de 1993; que el tiempo de servicio prestado en los interregnos en los que no existió afiliación, tendrá validez cuando el empleador traslade el cálculo a la respectiva entidad de seguridad social, a través del bono pensional, de lo contrario, no podrá ser computado, sin que pueda dejarse de lado que respecto al porcentaje o distribución que debe asumir la entidad recurrente, ya esta Sala lo reiteró en la sentencia CSJ SL673-2021.

XIV. CONSIDERACIONES

El Tribunal consideró que el demandante tenía derecho a que se le cancelara por «*vía de cálculo actuarial*», los aportes a pensión correspondientes al tiempo laborado para la extinta Flota Mercante Grancolombiana S.A y no cotizado, «*desde el 21/02/1974 hasta el 30/07/1981*», en tanto solo a partir del

15 de agosto de 1990, el empleador fue llamado a cotizar.

La recurrente arguye que no era procedente condenar a sufragar un cálculo actuarial, debido a que no se presentó omisión de afiliación, que el legislador previó como fuente de los recursos, los aportes de patronos y afiliados, siendo la regla general la distribución entre ellos, ya que «*el empleador solo está obligado a pagar el 75% del valor del cálculo actuarial*», o «*el pago de cotizaciones, [...] o aportes, indexados o con intereses de mora*». Tal punto ya ha sido dirimido por esta Sala de Casación, en el sentido de que, con independencia del motivo que haya conducido a la ausencia de los aportes por el tiempo trabajado, el empleador está obligado al pago del cálculo actuarial, tal y como dijo en sentencia CSJ SL3154-2022, en los siguientes términos:

[...].

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:

[...].

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.

[...].

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 ex trabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

[...].

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.

Tampoco le asiste razón en cuanto afirma que para que procediera el pago del cálculo actuarial, era necesario que el vínculo laboral se encontrara vigente al entrar a regir la Ley 100 de 1993, pues esta Corporación en sentencia CSJ SL2584-2020, reiterada con las CSJ SL3154-2022 y CSJ SL4321-2022, dijo:

En cuanto al argumento de la censura relativo a que el contrato de trabajo del actor no estaba vigente al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y, por tanto, no tiene la obligación de sufragar título pensional alguno, vale resaltar que tal circunstancia es irrelevante, pues aun antes de la expedición de tal normativa, los empleadores conservaban las cargas

pensionales derivadas de los servicios prestados por sus trabajadores. [...].

Conforme lo transcrito, se corrobora que no es necesaria la vigencia del nexo laboral a la fecha de inicio de la Ley 100 de 1993, para que se active la responsabilidad a través del cálculo actuarial, como mecanismo de traducir el tiempo de servicio en aportes que contribuyan a la construcción pensional.

Para resolver su reproche en cuanto a que el juez colegiado definió que el empleador debía sufragar la totalidad del valor del cálculo actuarial, es relevante memorar que el fallo CSJ SL2465-2021, enseñó que el monto corresponde de manera íntegra al dador de laborío, como se dijo en líneas precedentes.

En consecuencia, le corresponde al empleador, como lo determinó el *ad quem*, pagar el aludido cálculo actuarial de manera íntegra, sin la distribución porcentual que reclama la recurrente.

Por lo discurrido, este cargo es infundado.

En consecuencia, no prospera el recurso extraordinario.

Costas a cargo de la entidad impugnante, a favor de los replicantes, **AHA** y COLPENSIONES. 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 el 29 de abril de 2022, por Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso promovido por **AHA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA** y las vinculadas **ASESORES EN DERECHO SAS**, mandataria con representación de **PANFLOTA**, y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**.

Costas como se dijo.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ