



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL3823-2022

Radicación n.º 93437

Acta 36

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, como administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021), en el proceso ordinario laboral que promovió **JUAN CARLOS BASTO RUBIO** contra **ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, como mandataria con representación de **PANFLOTA**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESATÍAS PORVENIR S.A.**, **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. -PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA-**, **LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y la entidad recurrente.

I. ANTECEDENTES

Juan Carlos Basto Rubio, demandó a las entidades mencionadas, con el fin de que se declarara que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana, luego Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Pidió condenar a Asesores en Derecho S.A.S. a expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado; a Fiduciaria La Previsora a pagar su monto y a Porvenir S. A. tener en cuenta ese tiempo para efectos pensionales. De todas las accionadas, reclamó el pago de los perjuicios morales y materiales, los intereses de mora y las costas del proceso.

En subsidio de la pretensión contra la Fiduciaria, solicitó que el pago del cálculo actuarial quedara a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café. En su defecto, que fuera impuesto a La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 2 a 14).

Como fundamento de sus aspiraciones, hizo un recuento de la creación de la marina mercante, con énfasis en el papel de la Federación Nacional de Cafeteros y de los recursos del Fondo Nacional del Café. Recordó, que inicialmente, la Flota Mercante Grancolombiana tuvo a su cargo las pensiones de jubilación de los trabajadores y debía aprovisionar los fondos necesarios para financiar el aporte previo al sistema de seguridad social, de conformidad con el

artículo 13 de la Ley 171 de 1961 y hasta cuando el ISS asumiera la obligación pensional.

Adujo, que esa entidad no fue sustituida, ni subrogada en sus obligaciones pensionales por el ISS, ni por otra entidad que administrara esas prestaciones. Recordó, que en 1967, se llamó a inscripción obligatoria a todas las empresas, entre ellas, la entonces Flota Mercante Grancolombiana, que cambió su nombre por el de Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., filial de la Federación de Cafeteros de Colombia, administradora del Fondo Nacional del Café.

Expuso, que el 15 de febrero de 2001, el Consejo de Estado conceptuó, que la Nación debía responder por las prestaciones insolutas de la extinta Flota Mercante Grancolombiana S.A.; que la Corte Constitucional ordenó que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, suministrara los recursos para el pago de las pensiones. Preciso, que no hubo conmutación pensional hasta que la Flota Mercante Grancolombiana S.A. desapareció jurídicamente, sin dejar capital ni reservas para cubrir las contingencias laborales y pensionales. Desde entonces, dijo, los recursos para el pago de las pensiones a cargo de la Flota Mercante, los proveía la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café.

Informó, que laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. desde el 26 de junio de 1985 hasta el

17 de febrero de 1992, pero esta no lo afilió ni cotizó para el riesgo de vejez. Relató, que el último cargo desempeñado fue el de ingeniero electricista; que su último salario fue de US\$1887,79; y que a la fecha de su desvinculación, se hallaba vigente la convención colectiva pactada el 2 de marzo de 1988.

Adujo, que la ex empleadora ni sus sucesoras procesales le han reconocido el bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la extinta Flota Mercante Gran Colombiana S. A.; que se encontraba afiliado a Porvenir S. A.; y que presentó reclamaciones administrativas ante las demandadas.

La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público rechazó las pretensiones. Dijo que no le constaban los hechos o que se trataba de apreciaciones subjetivas del actor. Propuso las excepciones de inexistencia de obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, y «*genérica*». En general, indicó que en el caso del pasivo pensional de la Sociedad Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A., ese Ministerio era una persona jurídica ajena al proceso de liquidación obligatoria; por ello, expresó que no era dable que fuera condenada al reconocimiento del presunto pasivo pensional, y en razón a que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A fue una filial de la Federación, en cuanto esta fungía como administradora del Fondo Nacional del Café. Así las cosas, existía subordinación, que en los términos del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, se traduce en responsabilidad subsidiaria de la

Federación, como se concluyó en la sentencia CC SU1023-2021 (f.º 555 a 566 y vueltos).

Fiduprevisora S.A. se opuso a las pretensiones presentadas en su contra. Señaló, que no era subrogataria, cesionaria o sucesora procesal de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, dado que solo administraba los recursos transferidos por la Federación de Cafeteros. Aceptó los hechos relativos a la liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. De los demás, dijo que debían probarse. Excepcionó inexistencia de la obligación; e «*innominada*». (f.º 579 a 603; 741 a 785).

Porvenir S. A. (f.º 683 a 707), de cara a las pretensiones, expresó, «*no me opongo ni me allano*», salvo a las referidas al pago de perjuicios, a la de reconocimiento de pensión de vejez, a cualquier condena *extra* o *ultra petita* y al pago de costas. Admitió la afiliación a esa AFP y, sobre los demás hechos, expresó que no le constaban. Propuso como excepciones las de falta de causa en las pretensiones de la demanda; inexistencia de la obligación; buena fe de la AFP Porvenir S. A.; prescripción; ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada; ausencia de prueba efectiva de daño; inexistencia del daño alegado; e «*innominada o genérica*».

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, se resistió a los pedimentos del escrito inicial. Admitió los antecedentes históricos de la Flota Mercante Grancolombiana y de la Compañía de Inversiones de la Flota

Mercante S.A.; sin embargo, precisó que no era matriz o dominante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en liquidación obligatoria, por no ser titular del dominio y propiedad del Fondo Nacional del Café, sino administradora de este. Formuló las excepciones de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia; y «*genérica*».

Apuntó, que la Federación no tomó las decisiones relacionadas con el Fondo Nacional del Café, de forma «*abusiva y caprichosa*», pues eran adoptadas por el Comité Nacional de Cafeteros, órgano de dirección para el manejo del Fondo. Aclaró, que no era sujeto de aplicación del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en tanto no efectuó acto alguno, como sociedad matriz, que perjudicara los intereses del Fondo Nacional del Café o la misma Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, menos, que llevaran a su insolvencia (f. º 810 a 841).

Panflota, a través de Asesores en Derecho S.A.S, se opuso a las pretensiones elevadas en su contra (f. º 1389 a 1415). Aceptó que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia ejercía el control sobre el Fondo Nacional del Café; la composición de la Asamblea de la Flota Mercante en la que la Federación poseía un 80.07% de representación; las decisiones de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la Superintendencia de Sociedades; la insolvencia de la Compañía naviera; la provisión de recursos por parte de la Federación, para el pago del pasivo pensional de la liquidada empresa. Así mismo, aceptó la edad del demandante; el

último cargo desempeñado; que estaba afiliado a Porvenir S. A. y la reclamación que elevó. Excepcionó la «inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado por la sentencia proferida por el Consejo de Estado»; «Inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos IVM», imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación y oposición a la condena en costas y de los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por sentencia de 28 de septiembre de 2018, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada Fiduciaria la Previsora S. A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA en liquidación y Asesores en Derecho, quien actúa en calidad de mandataria con representación con cargo a PANFLOTA y de manera subsidiaria a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café a trasladar con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por Porvenir S. A., para el periodo comprendido entre el 23 de junio de 1985 al 27 de agosto de 1990, teniendo como salario la suma de 1717 dólares con 84 centavos, valor que deberá ser convertido a pesos al momento en el que se realice el respectivo cálculo actuarial.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas: Fiduciaria la Previsora S. A., Asesores en Derecho S.A. y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación del demandante, así como de Asesores en Derecho S. A., de la Fiduciaria la Previsora S.A. y de la Federación Nacional de Cafeteros, el Tribunal mediante el fallo del veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021) (f. ° 1498 a 1508), dispuso:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, el cual quedará así: ORDENAR a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria en representación con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA, expida el respectivo acto administrativo ordenando a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA el pago del cálculo actuarial mediante título pensional que para el efecto elabore PORVENIR por concepto de aportes a pensión del demandante durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 1985 y el 28 de agosto de 1990, teniendo en cuenta para ello el salario devengado por este entre agosto de 1989 y agosto de 1990 con la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A, que asciende a US 1.641,14 dólares, equivalentes a \$861.680,55 pesos colombianos y en consecuencia, CONDENAR a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA a pagar con los recursos del mismo el cálculo objeto de condena y en caso de no contar con ello, ORDENAR a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ gire con destino al PAR, los recursos para que éste cumpla con las obligaciones a

su cargo; conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA y el demandante. Sin costas para la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

Estimó el setenciador de alzada, que el problema jurídico se centraba en determinar:

(...) si el demandante tiene derecho al pago del cálculo actuarial por la no afiliación de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S. A. a los riesgos de IVM en el periodo comprendido entre el 25 de junio de 1985 y el 27 de agosto de 1990 cuando no existía cobertura del Instituto para los trabajadores en el mar y, en caso afirmativo, se analizará la responsabilidad de las demandadas Enel pago del citado cálculo, además de lo relativo al salario devengado pro el actor en el último año de servicios y la condena en costas respecto de ASESORES EN DERECHO S.A.S.

Indicó, que no era tema de controversia la relación laboral que existió entre el actor y la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S. A.; que ocupó el cargo de «ingeniero electricista»; y que fue afiliado al ISS a partir de agosto de 1990.

Luego de referirse a las nóminas del actor, infirió que el salario devengado para la última fecha señalada, fue de US \$1641.14 que debían convertirse a pesos teniendo presente la tasa representativa de aquel entonces, y que dicha suma se conformaba con los factores sobre los cuales se liquidaron

las cesantías. Aclaró, que no se debatió la integración del salario ni los devengos que lo componían.

Anotó, que no se configuraba la cosa juzgada, como quiera que en la conciliación celebrada el 19 de enero de 1992, no se contempló punto alguno sobre los aportes a Seguridad Social y, en todo caso, se trataba de un derecho irrenunciable.

En relación con el cálculo actuarial, destacó que el Acuerdo 224 de 1966, instituyó la obligación de afiliar a los trabajadores al entonces ISS; que dicho compromiso se hizo exigible paulatinamente, de acuerdo con la extensión de la cobertura de esa entidad; que a través de la resolución nro 3296 del 2 de agosto de 1990, se dispuso la inscripción de los trabajadores del mar al aseguramiento de IVM, y que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, previó que los empleadores debían realizar *«los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación»*.

Citó luego las sentencias CSJ SL, 16 jul. 2014 y CSJ SL, 15 mar. 2017, en las que se consideró que los lapsos en que no existió cobertura del ISS, estuvieron a cargo de los empleadores. A partir de ello, concluyó que correspondía a la empresa transferir el valor del cálculo actuarial al ente de seguridad social, en este caso Porvenir S. A.; que no podía ser otro el mecanismo de pago; que para cubrir esos faltantes debía tenerse como base el último salario devengado, sin que fuera procedente descontar los montos a cargo del

trabajador. Añadió, que no era relevante definir si con esos aportes y los respectivos periodos se alcanzaba el derecho a la pensión. Sobre los dos últimos tópicos, citó las sentencias CSJ SL3791-2020 y CSJ SL5109-2019, respectivamente.

Descartó también, que para la procedencia del peticionado cálculo actuarial, el trabajador debiera estar afiliado al sistema a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que al efecto aludió a la sentencia CSJ SL 3148-2020.

Precisó, que de acuerdo con lo ordenado por la Superintendencia de Sociedades, correspondía al PA PANFLOTA la expedición del acto administrativo en el cual se ordenara a Fiduprevisora S. A. el pago del cálculo actuarial; que estaba a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, «*el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales*», y que dichas decisiones administrativas guardaban relación con lo expuesto en la sentencia CC SU1023-2001 y con la presunción de responsabilidad prevista en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

En consecuencia, afirmó:

[...] corresponde a FIDUPREVISORA S.A. administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, pagar con los recursos de dicho patrimonio, el cálculo actuarial y en caso de que no los posea, deberá la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ girarle los dineros pertinentes a fin de sufragar la obligación en comento.

Finalmente, en cuanto a la manifestación efectuada por la Federación respecto a que el demandante debió acudir al proceso liquidatorio en igualdad de condiciones que los demás acreedores, es del caso advertir que para la fecha en que se presentó la demanda, ya había culminado el proceso de liquidación de la sociedad, de ahí que por obvias razones el actor no haya acudido al mismo, máxime si la accionada siempre ha negado el pago de los aportes los cuales, se están reconociendo en virtud de este proceso, luego tampoco tenía un crédito a su favor como para inferir que debía hacerse parte de la liquidación.

En lo que se refiere a la condena en costas impuesta a ASESORES EN DERECHO SAS, debe tenerse en cuenta que al ser vencida en el proceso, pues se le impondrá la orden de expedir el acto administrativo correspondiente, deben ser condenada en costas, como lo dispone el numeral 1º del artículo 365 del CGP.

Así las cosas y sin más consideraciones, se MODIFICARÁ EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primer grado, en lo que a la responsabilidad de las demandadas en el pago del cálculo actuarial se refiere y el valor del salario sobre el cual se debe realizar el cálculo actuarial.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la Federación demandada, como administradora del Fondo Nacional del Café, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte. Se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante la formulación de dos cargos, replicados por el demandante y la AFP Porvenir S. A., solicita:

1. (...) casar, 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, o

sea, de 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 cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, una suma equivalente a los aportes, a cargo exclusivo del empleador, que debía hacer a la empleadora al demandante por los lapsos antes aludido, con referencia a las denominadas "tablas y categorías" que regían en esa entidad de seguridad social para para los empleadores en dicho periodos, que, para, el caso, era la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y/o compañía de Inversiones de la Flota

Grancolombiana S.A.; o en subsidio de esto, 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 y en auto 15 A de 2018 de su Sala Plena.

2.-Como 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 de Colombia, 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 Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, 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.

Previo a la formulación de los cargos, pide a la Corte «reexamine y, por ende, modifique el criterio que ha venido exponiendo en la solución de estas controversias, tanto en la obligación de pagar el cálculo actuarial, como también, de mantenerse esta, respecto a los términos en que ordena su tasación».

Expone, que las decisiones hasta ahora adoptadas por esta Sala se han sujetado a la equidad; que no existe fundamento legal para imputar la pensión al empleador; que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, condiciona la

procedencia del cálculo actuarial a la vigencia de la relación a la entrada en vigor de tal estatuto; que la posición de la Corte inaplica ese precepto y acude a una excepción de inconstitucionalidad, sin tener en cuenta lo normado en los artículos 11 y 13 *ibidem*, y que las condenas así proferidas desmedran «*la protección de más de quinientas mil (500.000) familias dedicadas al cultivo del café*».

VI. CARGO PRIMERO

Lo presenta en los siguientes términos,

La sentencia violó la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 33, literales c) y d) del párrafo 1º de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en cuanto regula la consecuencia de darse a la situación prevista en tales numerales, en concordancia con los artículos 6 de la Constitución Nacional, 31 del Código Civil, 72 de Ley 90 de 1946, 1º del Decreto 1887 de 1994.

Expone, que la ausencia de obligación de afiliar a los trabajadores al ISS, implicaba también, que el riesgo de vejez estaba a cargo de esos empleadores quienes debían reconocerles la pensión de jubilación prevista en el artículo 260 del CST; no obstante, no se previó disposición legal que impusiera tener una reserva monetaria para contribuir, en un futuro, a la financiación en el pago de la pensión de vejez una vez se consolidare tal derecho a cargo de una entidad de seguridad social, en los casos en que el trabajador se retiraba sin cumplir los 20 años de servicio. Añade,

Esa no violación del ordenamiento jurídico en la conducta de tales empleadores, es lo que explica que la Sala de Casación para

imponer condena en los términos cuya quiebra se solicita en esta demanda, invoque, como lo hace en su sentencia del 24 de febrero del 2016, radicación 57129, "(...) reglas y principios de la Ley 100 de 1993 (...)", también vacíos de índole legislativos, y funde la misma en el artículo 33, literal c) del parágrafo 1º de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, o también en el literal d) del mismo precepto.

Reitera, que la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y/o Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., no incurrió en conductas antijurídicas; sostiene que en situaciones como las descritas, o sea, cuando no hubo omisión del empleador para afiliar al trabajador al ISS por falta de cobertura en lugar donde se prestaba el servicio, no se le puede imponer a aquel la misma consecuencia prevista para empleador que ha vulnerado la ley por omitir una afiliación a la que estuvo obligado.

Asegura, que la consecuencia justa para casos de no afiliación por omisión legal, *«sería de darle el mismo tratamiento que se le impone al que lo afilió, pero incurre en mora en el pago de cotizaciones, o sea, que las que debe pagar, bien sea indexadas o con intereses de mora»*. Argumenta, que esa *«es la interpretación que se propone como correcta»*; que el juzgador le confirió un alcance que no guarda consonancia con los principios de legalidad y equidad; que la solución propuesta *«deja a salvo "reglas y principios de la Ley 100 de 1993" en cuanto que todos los empleadores deben contribuir a la financiación del sistema de seguridad social en pensiones»*.

Se refiere a las tesis de los fallos CC T435-2014; CCT-543-2015; CC T194-2017, y el auto CC A 15-2018, en los que se dispuso el traslado, *«con base en un cálculo actuarial, de suma*

correspondiente lapso no cotizado». Afirma, que la interpretación del Tribunal desconoce el artículo 31 del C.C., según el cual «(...) Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. (...)", norma que no puede catalogarse que se "oponga a las leyes sociales del país».

VII. LA RÉPLICA

El promotor del proceso manifiesta, que la estimación del salario, efectuada por el fallador, se adecuó a lo dictaminado en el Decreto 1887 de 1994; así como a lo expuesto en las sentencias CSJ SL1515-2018 y CSJ SL1358-2018, y a lo preceptuado por el artículo 76 del Decreto 3063 de 1989.

Porvenir S. A., en respuesta conjunta a las acusaciones, hace alusión a las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL181-2018, en las que se explica el cambio jurisprudencial que asumió la Corte, a partir del cual, los empleadores responden por los tiempos de no afiliación, aun en áreas de no cobertura del ISS; resalta que dichos pronunciamientos, al ser reiterados, deben tenerse *«como doctrina probable a la luz de lo previsto por los artículos 4º de la Ley 169 de 1896 y 7º del Código General del Proceso, motivo adicional para preservar incólume la providencia del juzgador de segunda instancia».*

Agrega, que la Corte Constitucional también ha afirmado que en aquellos casos que el trabajador no estuviese afiliado a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es *«aplicable tanto lo previsto en el literal c) del párrafo 1º de su artículo 33, como lo estatuido en el párrafo 1º del literal c) del*

artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (que modificó el citado artículo 33 de la Ley 100 de 1993)». Cita sobre el particular la sentencia CC T194-2017.

Precisa, que al monto de los eventuales derechos pensionales del actor, se deben sujetar a lo previsto en los artículos 64 y 68 de Ley 100 de 1993; de suerte que el rubro de la mesada pensional, estará en función directa del capital consignado en la cuenta de ahorro individual del afiliado; que de conformidad con el artículo 259 del CST, los empleadores debían constituir una provisión de fondos para sufragar las futuras pensiones a su cargo y, en síntesis, que la demanda no logró derruir la presunción de acierto que soporta la decisión confutada.

VIII. CONSIDERACIONES

El Tribunal estimó, que el salario devengado el 28 de agosto de 1990, fecha última de no afiliación, fue de US \$1641.14; que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, previó que los empleadores debían realizar *«los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación»*; que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, los tiempos de no cobertura del extinto ISS, para los riesgos de IVM, estuvieron a cargo de los empleadores, por manera que correspondía a la empresa transferir el valor del cálculo actuarial al ente de seguridad social, en este caso Porvenir S. A.

Debe precisarse, que la apelación formulada por la Federación Nacional de Cafeteros, giró en torno a: *i)* que aportó suficientes elementos de juicio para desvirtuar la presunción de que la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, se dio por sus decisiones, en tanto adoptó las acciones de política gerencial y administrativa necesarias para solventar la situación a la que se vio avocada la citada empresa; *ii)* que el órgano superior del Fondo Nacional del Café es el Comité de Cafeteros, y por eso debe tenerse en cuenta su capacidad decisoria; *iii)* que la sentencia CC SU1023-2021, se dirigió a un grupo poblacional al que no pertenece el demandante, por no tener el carácter de pensionado; *iv)* que la solución jurisprudencial que ofrece esta Corte no se aplica indistintamente, es requisito que el tiempo contenido en el cálculo actuarial que se ordena, sea necesario para la consecución del derecho pensional y, *v)* que de mantenerse la condena, se modificara, bajo un escenario de equilibrio social, considerando salarios mínimos y los periodos de cotización que resultaran necesarios para la pensión, así como el descuento del porcentaje con el que le correspondería aportar al trabajador, en atención a los deberes de contribución y financiamiento del sistema de pensiones.

Lo anterior, para explicar que el mecanismo a través del cual debían ser compensados los tiempos de no afiliación al ISS, no fueron objeto de discusión en la alzada. Tampoco lo fue, si procedía el pago del valor de las cotizaciones, con su indexación o intereses de mora, en lugar del cálculo actuarial. Bajo esa perspectiva, mal podría señalarse que el

Tribunal incurrió en la transgresión de las normas enlistadas en la proposición jurídica, a partir de unos argumentos no expuestos en la apelación.

En esos términos, el alegato ahora introducido resulta novedoso, y constituye un medio nuevo proscrito en la casación laboral, sin que sea dable en esta sede pronunciarse al respecto, pues con ello se vulneraría el debido proceso (derechos de defensa y contradicción) de los restantes convocadas al proceso, al sorprenderlos con inconformidades distintas frente a la sentencia de primera instancia que el Tribunal no tuvo oportunidad de conocer y, por ende, de analizar.

Ahora, si la recurrente estimaba que la temática sí fue discutida en las instancias, lo que ha debido hacer la entidad, es acudir a los remedios procesales que para el efecto le otorga nuestro ordenamiento jurídico, como es la complementación o adición de la sentencia cuestionada, acorde con lo previsto en el artículo 311 del CPC, hoy 287 del CGP, a fin de que se lograra un pronunciamiento expreso sobre la forma en que debían ser sufragados los aportes, en lugar de la reserva actuarial.

Lo anterior es suficiente para negar prosperidad al cargo.

IX. CARGO SEGUNDO

Acusa la violación directa, por interpretación errónea, del artículo 33 la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en concordancia con los artículos artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, lo que dio lugar a la aplicación indebida del artículo 1 del Decreto 1887 de 1994, en concordancia con los artículos 6 de la Constitución Política, 20 y 22 de la Ley 100 de 1993, 32 del Acuerdo 189 de 1965, 21, 38 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 de Decreto 2665 de 1988, 79 Acuerdo 044 de 1989, 45 Acuerdo 049 de 1990, 27 y 31 del CC, 1 del CST, 6, 29 y 230 de la Constitución Política.

Menciona, que lo que se controvierte del fallo dictado por el juez plural, es su decisión 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 a que debe asumir el pago del total del valor del cálculo actuarial que resulte de la liquidación de los aportes para pensión del demandante y no pagados»*; lo que considera desacertado porque, a su juicio, se ha debido *«limitar (...) al porcentaje que de acuerdo a las normas legales le corresponde al empleador aportar como cotización al sistema de seguridad social en pensiones»*.

Afirma no desconocer el precedente de la Corporación, no obstante, espera que *«se modifique en los términos que se propone en el alcance de la impugnación»*; señala que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, debe entenderse en su conjunto, es decir, sin desconocer la obligación de aportar por parte del

trabajador; que al no existir obligación de cotizar, mucho menos pudo efectuarse el descuento correspondiente al trabajador; que, en ese entendido, no existía razón para imponer el pago del cálculo actuarial en el 100% a cargo de la ex empleadora.

Adicionalmente, asevera que la decisión de imponer el pago del valor de la reserva actuarial, en un 100%, desconoce la teleología de la norma y que,

(...) desde que se previó, por el legislador, que el riesgo de vejez fuera asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, se estableció, como una fuente de los recursos de tal entidad, los aportes de patronos y afiliado, y su regla general la distribución entre ellos. Esa esa ha sido la constante desde que el ISS asumió el riesgo de invalidez, vejez y muerte: artículos 32 Acuerdo 189 de 1965, 2º Acuerdo 029 de 1985, 79 Acuerdo 044 de 1989, y 45 Acuerdo 049 de 1990; igualmente, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, impone tanto al empleador y trabajador la obligación de contribuir en el pago de la cotización para pensión de vejez, lo que está relacionado con uno de los principios de la seguridad social a que alude el artículo 2º de esa Ley, el de la integridad, cuando expresa que: "Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley".

Expresa que ningún reproche legal le cabe al empleador que no realizaba los aportes por no existir cobertura del ISS; que se olvida la distribución del aporte al imponerle el valor total; que si bien, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, avala los tiempos de no cotización, condicionados al pago del cálculo actuarial por esos periodos, imponerlos de la forma en que lo efectuó el fallador «tiene los visos de sanción», ya que se está aplicando a un hecho distinto a aquél que contempló la

norma, relativo a los casos en que se omitió la afiliación estando obligado a hacerla.

Alega, que la interpretación errónea se dio por no tenerse en cuenta:

1) Los artículos 27 y 31 del Código Civil, en cuanto, en su orden, disponen, "Cuando el tenor literal, so pretexto sentido de la ley sea claro, no se desatenderá de consultar su espíritu. (...)", y "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda la ley se determina por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes". 2) El artículo 1º y 18 del del Código Sustantivo del trabajo, que aluden, el primero, que "La finalidad del Código, es la lograr la justicia en las relaciones que surjan entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social" y, el segundo, que "Para la interpretación de este Código debe tomarse en cuenta su finalidad, expresada en el artículo 10."; pautas que, así la Seguridad Social se considere independiente de precitado estatuto, no se opone a los principios de aquella. 3) El artículo 6 de la Constitución Nacional que dispone: "Los particulares sólo son responsables antes las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. (...)".

Asegura, que no es de recibo la tesis según la cual, solo con el pago de la totalidad del cálculo actuarial es dable reconocer los derechos pensionales al actor, ya que esto procede en los casos en que se predica la obligatoriedad de la afiliación; que el cálculo actuarial no es el único mecanismo de financiación de las prestaciones, ya que los aportes debidos también pueden ser objeto de indexación. Se refiere al fallo de «18 de mayo de 2021», de la Sala Cuarta de Descongestión de la Sala de Casación Laboral, en el que se ordena el pago del cálculo actuarial, pero solo en el porcentaje concerniente al empleador, y punta:

(...) todas las circunstancias que se han precisado para sostener lo contrario, contradicen los sustentos que se dice la autorizan y antes transcritos, pues, para ello, reiteramos, se parte de reconocer que existe un discutible vacío o falta de previsión legislativa, el que se llena por quien no corresponde, acudiendo a una norma cuya literalidad, de por sí es clara, y que consagra una solución para una situación diferente, en la que el supuesto de hecho es el incumplimiento de obligación legal de afiliación, e igualmente, para permitir su aplicación, se acude a la excepción de inconstitucionalidad pregonada en un fallo de tutela respecto al mandato de ese mismo precepto, que, en el caso de los empleadores a cuya carga 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 diáfananamente 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.

X. LA RÉPLICA

El demandante expresa, que la extinta Flota Mercante Gran Colombiana no dio cumplimiento al Decreto 1650 de 1977, que contempló la obligación de afiliación, ni se acogió a la conmutación pensional de que tratan los Decretos 2677 de 1971 y 1572 de 1973. Afirma, que la Corte Constitucional ordenó, a través de las decisiones CC T399-1997 y CC T-548-1998, «efectuar los estudios de factibilidad de conmutar el pasivo pensional»; que se dispuso por parte de la misma Corporación proceder a esa conmutación, sin embargo, esas providencias no fueron acatadas.

Añade, que el Decreto 3041 de 1966, desarrolló los postulados emanados de la Ley 90 de 1946, sobre todo en su artículo 76, frente a la obligación de todo empleador, no del trabajador, de provisionar el capital de cotización a efectos de que las obligaciones fueran asumidas por el ISS; que el Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 del mismo año, preveía también, la obligación pensional a cargo de la empresa, y que el artículo 38 del Decreto 3041 de 1966, a través del cual se aprobó el Acuerdo 224 de esa anualidad, ratificó dicho postulado.

Señala, además, que el artículo 26 del Decreto ley 1650 de 1977, preveía la responsabilidad de los empleadores por los aportes y el de sus trabajadores, y que el artículo 13 del Decreto 1665 de 1988, dejó claro que los aportes estaban a cargo de las empresas. Se refiere a las cargas de los empleadores en vigencia del Sistema general de pensiones, y resalta que de los artículos 22 de la Ley 100 de 1993, 17 del Decreto 3798 de 2003, y 9 de la Ley 797 de 2003, se deduce el deber de constituir el cálculo actuarial en proporción al tiempo laborado. Menciona a propósito las sentencias CSJ SL14388-2015, CSJ SL1358-2018, CSJ SL068-2018, CSJ SL287-2018 y resalta que las razones se condensan en la providencia CSJ SL1616-2022.

XI. CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolver la Sala, consiste en definir si erró el Tribunal al condenar a la Federación

Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, a pagar a Porvenir S. A. el valor total del cálculo actuarial a favor del demandante, por el tiempo comprendido entre el 23 de junio de 1985 y el 27 de agosto de 1990.

Para ello, importa memorar, que el criterio de esta Corporación sobre el particular, está definido en el sentido de que incluso, en aquellos casos en que los empleadores no afiliaron a sus trabajadores porque el ISS no había llamado a inscripción, quedaron obligados a contribuir con el título pensional por esos periodos. Ello, para evitar que los trabajadores resultaran afectados en su derecho pensional por insuficiencia de semanas, a pesar de que entregaron su fuerza de trabajo.

En efecto, esta Corporación ha reiterado que el empleador que no afilie a su trabajador al Sistema de Seguridad Social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014), por manera que debe asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL14388-2015, y, CSJ SL3661-2020, CSJ SL4296-2021).

Sobre el punto, en providencia CSJ SL1551-2021, se afirmó:

En primer lugar, porque se avino a la jurisprudencia de esta

Corporación que admite el pago del título pensional a cargo del empleador en aquellos casos en que la afiliación al seguro obligatorio no se surtió por falta de cobertura territorial del ISS.

La jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1140-2020).

Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos períodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador.

[...]

Lo anterior no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley. Por el contrario, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente tratándose de períodos inequívocamente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales.

No sobra destacar que, a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario.

En efecto, desde la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745, la postura que adoptó esta Corporación, es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones subsisten, aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

De ahí que, se reitera, en los períodos no cotizados por falta de

cobertura, los empleadores asumen a través de un título pensional las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS hoy Colpensiones. [subrayas fuera del texto]

En cuanto a los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, la Sala reitera su alcance, bajo el entendido de que tales normativas sí dispusieron una obligación a cargo de los empleadores de realizar la provisión proporcional al tiempo en que el trabajador laboró. Y en el caso de los empleadores respecto de los cuales no empezó a operar la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por falta de cobertura del ISS, no los liberó de responsabilidad, pues estos riesgos continuaron a su cargo en vigencia de los artículos 259 y 260 del CST. Sobre el punto, en la sentencia CSJ SL1720-2022, la Corte expuso:

Al respecto, vale recordar que la obligación del pago de las pensiones de jubilación estaba en cabeza de los empleadores antes de la creación del ISS. Por ello, cuando la Ley 90 de 1946 estatuyó el seguro social obligatorio, dispuso, en sus artículos 72 y 76, que el ISS asumiría gradualmente el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela a dicha entidad en tal momento, para efectos del reconocimiento del derecho pensional.

De modo que la carga pensional de jubilación continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no hubiera presencia del ISS; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto.

En torno al deber de asumir en forma total el pago de la reserva actuarial, con lo que puntualmente discrepa la censura, de tiempo atrás se ha indicado que el empleador

que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de cobertura del ISS, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos periodos, toda vez que en esos momentos estaban bajo su responsabilidad (CSJ SL2000-2022).

La jurisprudencia de la Sala también ha precisado, que en estos eventos, el cálculo incluye todo el periodo laborado por el trabajador, porque mientras el ISS no subrogara al empleador en sus obligaciones, en tal interregno el compromiso estuvo a su cargo y debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial.

Así mismo, el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, consagra que es el empleador o la caja quien debe trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente, representada en un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de tales sumas, como se explicó en la sentencia CSJ SL673-2021, donde se dijo:

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».

Como se aprecia, el escenario anterior al advenimiento de la cobertura de los riesgos de IVM por parte del ISS, correspondía a una asunción total de las obligaciones prestacionales a cargo de los empleadores, sin que se contemplara al efecto gravamen de algún orden a cargo de los trabajadores.

Ahora, en cuanto a la solicitud de modificación del precedente de la Sala, el recurso no aporta elemento novedoso alguno que conlleve el replanteamiento de las razones ya expuestas.

Así las cosas, no se advierte error en la decisión colegiada al imponer el pago total del cálculo actuarial a la entidad recurrente. En ese orden, el cargo no sale adelante.

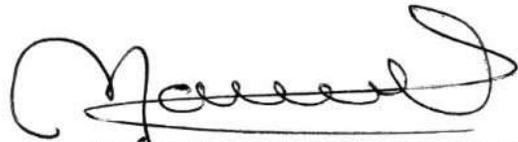
Costas a cargo de la recurrente y a favor de los opositores Juan Carlos Basto Rubio y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. Fíjense como agencias en derecho la suma de nueve millones cuatrocientos mil pesos (\$9.400.000), que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia realice, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021), en el proceso ordinario laboral que promovió **JUAN CARLOS BASTO RUBIO** contra **ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, como mandataria con representación de **PANFLOTA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA-, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, como administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**.

Costas como se indicó.

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

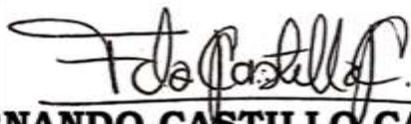


IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA

Salvo el voto



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR