



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

Magistrado ponente

SL160-2023

Radicación n.º 89556

Acta 03

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **JOSÉ FERNANDO DÍAZ LASSO** y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** como administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que instauró el primero de los nombrados contra la entidad recurrente; **ASESORES EN DERECHO SAS**, en su condición de mandataria con representación de **PANFLOTA** de la **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.**; **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, administradora del patrimonio autónomo **PANFLOTA**; y **LA**

NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

I. ANTECEDENTES

José Fernando Díaz Lasso llamó a juicio a las citadas entidades, con el fin de que se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana, luego denominada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y se «*ampare su derecho a la seguridad social*» conforme lo estableció el Consejo de Estado en sentencia del 7 de diciembre de 2016; que cumplió con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de vejez a partir del 15 de abril de 2018, de conformidad con la Ley 797 de 2003.

Consecuencialmente, que se condenara así: Asesores en Derecho SAS a expedir «*la resolución del cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en dicha compañía*»; Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera de Panflota, a sufragar el título pensional o cálculo actuarial a que haya lugar; y Colpensiones que tenga «*en cuenta el tiempo laborado por el actor en la Flota Mercante Grancolombiana [...]*»; así mismo, que se declare que cumple «*todos los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez a partir del 15 de abril de 2018, fecha en que se causa y debe empezar a disfrutarla*»; que se imponga a la referida administradora los intereses moratorios a partir de la aludida calenda; que todas las demandadas fueran condenadas a sufragar los perjuicios morales y materiales por el

incumplimiento del pago del título pensional o cálculo actuarial.

Subsidiariamente, deprecó que se condene a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a pagarle a Colpensiones el cálculo actuarial por el lapso trabajado en la citada Flota, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; en consecuencia, se ordene a la administradora de pensiones *«relíquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta el mayor valor de ingreso base de cotización por todo el tiempo cotizado o el promedio de los últimos diez (10) años de todas las mesadas pensionales desde el 15 de abril de 2018, fecha en que se causa»*, junto con la indexación de las sumas adeudadas, más las costas.

En sustento de sus peticiones, narró que el 8 de junio de 1946 se creó la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; que a partir de 1954 el capital de la empresa quedó conformado en un 80,07% por la Federación, como administradora del Fondo Nacional del Café de propiedad del Ministerio de Hacienda, y un 19,93% por el Banco de Fomento del Ecuador.

Recordó que inicialmente la Flota Mercante Grancolombiana tuvo a cargo las pensiones de jubilación de sus trabajadores; y, del mismo modo, 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 que debía contar con las reservas de las cuotas proporcionales, correspondientes a los servicios prestados, hasta que el Instituto de Seguros Sociales asumiera dicha obligación, lo que no ocurrió, además que la entidad no realizó sustitución, subrogación o conmutación pensional alguna.

Explicó que a través del Decreto 1993 de 1967, que aprobó el Acuerdo 257 de igual año, se llamó a inscripción obligatoria a todas las empresas que se dedicaran al transporte marítimo, entre ellas, a la entonces Flota Mercante Grancolombiana, que cambió su nombre por Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., filial de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, administradora del Fondo Nacional del Café; que a pesar de lo anterior, los empleados de la Federación fueron afiliados a partir del «[...] 2 de agosto de 1990».

Dijo que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto emitido el 15 de febrero de 2001, consideró que La Nación debía responder por las prestaciones pensionales insolutas y que a través de la sentencia CC SU1023-2011, se ordenó a la Federación, como administradora del Fondo Nacional del Café y controlante de la Flota Mercante S.A., que suministrara los recursos para el pago de las pensiones.

Anotó, que la Superintendencia de Sociedades el 31 de julio de 2000 decretó la liquidación obligatoria de la

Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; que a través de la decisión 400-010928 del 28 de agosto de 2012, aprobó la rendición final de cuentas disponiendo el cierre y extinción jurídica de la empresa y ordenó a la Federación, como administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la liquidada «[...] *en cumplimiento de la sentencia SU 1023 de 2001 [...] continuar con el pago del pasivo pensional entre ellos los bonos pensionales*».

Señaló que la referida entidad también advirtió que quienes tuvieran la calidad de «*partes laborales*» dentro del proceso de la referencia, debían realizar sus reclamaciones ante el Patrimonio Autónomo Panflota, administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A.

Precisó que los extrabajadores y afiliados al sindicato de industria Unimar, instauraron diferentes procesos laborales y acciones de tutela, por medio de las cuales obtuvieron el reconocimiento del cálculo actuarial, lo cual la Corte Constitucional en sentencia CC T674-2012 confirmó y, en cumplimiento, La Previsora S.A. y la Federación pagaron su valor a Colpensiones.

Aseveró que a la fecha de la presentación de la demanda tenía 61 años de edad; que trabajó para la Flota Mercante Grancolombiana mediante contrato a término indefinido, en el cargo de marinero, desde el 8 de mayo de 1979 hasta el 9 de diciembre de 1985, para un total de 310,71 semanas de cotización, aportes que no se efectuaron; que era beneficiario de los acuerdos extralegales y laudos vigentes celebrados por

ser miembro del sindicato mencionado.

Indicó que el salario mensual era de US631.71 dólares americanos, equivalente a \$106.171,50 para el 9 de diciembre de 1990, el cual estaba compuesto por los siguientes factores salariales, según la convención colectiva vigente desde el 21 de mayo 1985 hasta el 20 de mayo del 1988 y la liquidación final de prestaciones sociales:

- 3.16.1.1. Salario básico mensual US314.31. dólares americanos.
- 3.16.1.2. Prima de Antigüedad 10% US34.45 dólares americanos.
- 3.16.1.3. Dominicales y Feriados US23.89 dólares americanos.
- 3.16.1.4. Horas Extras US1.50. dólares americanos.
- 3.16.1.5. Salario en especie (alimentación y alojamiento) US199.44 dólares americanos.
- 3.16.1.6. Viáticos y suplemento US2.0 dólares americanos.
- 3.16.1. 7. Recargo Nocturno 35% US10.82 dólares americanos.
- 3.16.1.8. Incidencia de las primas extralegales donde el 8.33%, era salario US45.30 dólares americanos.

Mencionó que estaba afiliado a Colpensiones y tenía 1098,57 semanas cotizadas al momento de la instauración de la presente demanda; que la entidad no reclamó el bono pensional o el cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., monto que ascendería a \$300.000.000, según cálculos efectuados, más los perjuicios causados. Añadió que presentó reclamación administrativa a todas las accionadas de lo aquí pretendido.

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a todas las súplicas, respecto de los hechos, aceptó la fecha de llamamiento a inscripción de trabajadores a la

contingencia de pensión, la edad del actor, su afiliación, que reunió 1098,57 semanas cotizadas y el reclamo administrativo hecho a cada una de las entidades. De los demás supuestos, dijo que no eran ciertos o no le constaban.

Como argumentos de defensa, refirió que no se registraba afiliación ni cotizaciones al sistema a nombre del actor como trabajador dependiente de la Flota Mercante S.A.; que ante tal omisión le era imposible tener conocimiento sobre la mora en las cotizaciones, por lo cual no estaba obligada al cobro coactivo frente a tal naviera.

Precisó que la entidad obró bajo el principio de la buena fe y conforme a derecho; que el demandante no cumplió con los requisitos de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez, sin embargo, en caso de reconocimiento judicial, solicitó que se condene al empleador a realizar el cálculo actuarial por el tiempo trabajado y no reportado en su historia laboral.

Enlistó como excepciones de mérito las de buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; inexistencia del derecho reclamado, de los intereses moratorios e indexación; compensación; prescripción y la genérica.

Por su parte, La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al contestar el escrito inicial, también se opuso a las pretensiones. Frente a los supuestos fácticos, aceptó el reclamo administrativo que realizó el actor; de los demás, dijo que no eran ciertos, no le constaban o que se

trataban de apreciaciones subjetivas.

Arguyó en su defensa que la responsabilidad subsidiaria en el pago de las obligaciones pensionales era improcedente desde el punto de vista constitucional y legal, ya que solo estaba facultado para ejercer las funciones establecidas por la ley, no estando dentro de las mismas resolver controversias entre la Flota Mercante y sus trabajadores o socios, fungir como administradora o fondo de pensiones, ni para reconocer y pagar las acreencias de los servidores de otros organismos o entidades de la administración pública.

Formuló los medios exceptivos denominados: inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda inicial; falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva; prescripción de los derechos que se reclaman en las pretensiones de la demanda y la genérica.

La Sociedad Asesores en Derecho SAS, quien actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo «Panflota», al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones, salvo a la declaración de la relación laboral deprecada.

En cuanto a los hechos, aceptó que es la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, la encargada de proveer recursos para las mesadas pensionales de los jubilados de la Flota

Mercante; lo referente al proceso liquidatorio de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante; la data de nacimiento del demandante; el tiempo laborado, el cargo que desempeñó y la reclamación administrativa. De los demás supuestos fácticos, dijo que no eran ciertos o que no le constaban.

En su defensa, manifestó que entre el 8 de mayo de 1979 y el 9 de diciembre de 1985 no existía obligación legal de afiliarse al demandante, pues ello sólo se generó al expedirse la Resolución 03296 del 2 de agosto de 1990, efectiva a partir del 15 de igual mes y año. Agregó que, en virtud de la decisión CC SU1023-2001, se estableció que la Federación Nacional de Cafeteros proveía los recursos para el pago de las pensiones de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; adujo que las únicas obligaciones que tenía eran con cargo al Patrimonio Autónomo y que la sociedad liquidada no dejó activos para satisfacer esas obligaciones.

De otra parte, advirtió que el accionante durante su vinculación con la demandada tuvo licencias no remuneradas y suspensión del contrato de trabajo por 230 días, los cuales debían descontarse en el evento de que se ordenara la cancelación del cálculo actuarial.

Propuso como excepciones las siguientes: inexistencia de la obligación; imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional; «ausencia del presupuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial»; prescripción; buena fe; oposición a la condena en costas y a los presuntos perjuicios irrogados al demandante y la

genérica.

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, al dar respuesta a la demanda, también se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, dijo que eran ciertos los relacionados con la constitución y liquidación de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; la participación del Fondo Nacional del Café, en calidad de controlante de aquella, pero precisó que éste solo tenía la obligación de pagar las pensiones de jubilación de los extrabajadores en asuntos específicos, que no es el caso del promotor del litigio. Frente a los demás supuestos fácticos, dijo que no eran ciertos o no le constaban.

Como argumentos defensivos indicó que, según el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, la responsabilidad subsidiaria no se presumía; que esa entidad no fue la causante de la situación de insolvencia de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y que todas las decisiones fueron tomadas en armonía con los demás accionistas para aliviar la situación económica generada por hechos ajenos a la empresa.

Formuló las excepciones de: inexistencia de la obligación; imposibilidad de afiliación de los marinos de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. a la seguridad social, por falta de cobertura; parafiscalidad cafetera colombiana; buena fe; prescripción; falta de legitimación en la causa; y límite patrimonial de la responsabilidad subsidiaria de la matriz, con relación a su subordinada que entra en

insolvencia.

La Fiduprevisora S.A. al contestar la demanda igualmente se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, afirmó que no le constaban la mayoría de los relatados, en tanto solo se ocupaba de la administración del Patrimonio Autónomo Panflota.

En su defensa, explicó las características del contrato de fiducia mercantil e insistió en que el pago de obligaciones pensionales con cargo a dicho patrimonio estaba supeditado a la existencia de recursos.

Propuso las excepciones de cosa juzgada frente a la responsabilidad del Patrimonio Autónomo; responsabilidad de la matriz; falta de legitimación en la causa por pasiva; imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil; inexistencia de la obligación; y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 5 de septiembre de 2019, resolvió:

Condenar a la accionada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en virtud de los dineros que coloque la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, como ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, a transferir a COLPENSIONES el valor actualizado, cálculo actuarial de los aportes para pensión que liquide la entidad de seguridad social antes citada, correspondiente al periodo comprendido entre el día 8 de mayo

de 1979 hasta el día 9 de diciembre de 1985, con sujeción en el último salario que percibió el accionante en la suma de 7.580.56 dólares, y los intereses moratorios pertinentes, se absuelve de las restantes pretensiones de la demanda.

La excepción de prescripción se declara no probada, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la presente decisión.

Costas a cargo de la parte demandada vencida en el proceso. Se fija la suma de \$3.000.000 por concepto de agencias en derecho.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al conocer de los recursos de apelación interpuestos por José Fernando Díaz Lasso, la Fiduciaria La Previsora S.A. y la Federación Nacional de Cafeteros, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2019, decidió:

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en cuanto definió el valor del último salario devengado, y **MODIFICAR** el mismo numeral para establecer que el cálculo actuarial a cargo de la FIDUPREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, y subsidiariamente a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, se debe pagar sobre el porcentaje de cotización que correspondía al empleador, únicamente, conforme se dijo en esta audiencia.

2. **REVOCAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia.

3. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **ORDENAR** a ASESORES EN DERECHO S.A. (sic) en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, que expida los actos administrativos tendientes al reconocimiento y pago efectivo del cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES a favor de JOSÉ FERNANDO DÍAZ LASSO, atendiendo para el efecto las sumas que determine COLPENSIONES al liquidar el cálculo.

4. **ADICIONAR** la sentencia dictada en primera instancia para **ORDENAR** a la FIDUPREVISORA S.A., en calidad de vocera y

administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, que remita a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la información donde consten las interrupciones durante la vinculación del actor a la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, certificando para el efecto las licencias sin remuneración y las sanciones de suspensión que se presentaron, así como los salarios devengados por el demandante mes a mes y los factores que lo constituían.

5. **ADICIONAR** la sentencia dictada en primera instancia para **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a la cual se encuentra afiliado el actor, realizar el respectivo cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión del demandante por el periodo comprendido entre el 8 de mayo de 1979 y el 9 de diciembre de 1985 únicamente sobre el porcentaje de cotización que correspondía al empleador, teniendo en cuenta lo previsto en el Decreto 1887 de 1994, la información debe ser remitida por la FIDUPREVISORA S.A. en cumplimiento del numeral anterior, y lo establecido en la parte motiva de esta decisión. Una vez elaborado el mismo, deberá COLPENSIONES dar traslado a las demandadas ASESORES EN DERECHO S.A. (sic) en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A FIDUPREVISORA S.A. en su condición de administradora y vocera del patrimonio autónomo PANFLOTA.

6. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás.

7. **SIN COSTAS** en la apelación.

El *ad quem* tuvo como problema jurídico determinar si el actor tenía derecho al cálculo actuarial por los tiempos laborados en la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. antes de la Ley 100 de 1993; de acceder a tal pretensión, evaluar bajo qué parámetros y a cargo de qué entidad se encontraba la obligación; adicionalmente; si con los tiempos que se imputaran a favor del trabajador, cumplía los requisitos para acceder a la pensión de vejez regulada en la citada Ley 100, modificada por la Ley 797 de 2003, y si había lugar a sufragar los intereses moratorios.

La colegiatura puntualizó que no era objeto de

discusión la relación laboral que existió entre el accionante y la extinta Compañía de Inversiones de La Flota Mercante, entre el 8 de mayo de 1979 y el 9 de diciembre 1985, como lo demostraba el contrato de trabajo (f.º 553 a 555), el certificado laboral emitido por la Fiduprevisora S.A. (f.º 556), la liquidación del contrato (f.º 620) y la Resolución 84 del 15 de abril de 2015 (f.º 627 a 630); y que conforme a la historia laboral actualizada de Colpensiones (f.º 672 a 677), el demandante no fue afiliado al ISS por la referida compañía en vigencia del vínculo.

Explicó que para resolver seguiría el criterio jurisprudencial de esta corporación plasmado, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745, en la cual se recogió el *«criterio que había expresado con anterioridad y dispuso responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al sistema de pensiones»*, en los periodos en que no hubo cobertura de los riesgos de invalidez, vejez o muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales.

Luego de traer a colación algunos pasajes de la citada decisión, afirmó que, bajo este lineamiento jurisprudencial, era dable confirmar la condena impuesta en primera instancia, en cuanto dispuso el reconocimiento del cálculo actuarial por los tiempos laborados por el demandante para la Flota Mercante Grancolombiana entre el 8 de mayo de 1979 y el 9 de diciembre de 1985, pues se observaba que la empresa no afilió al trabajador ni canceló lo correspondiente a aportes pensionales durante el nexo de trabajo.

Aseveró que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, ex empleadora del accionante se encontraba liquidada, conforme al auto 400015977 del 24 de diciembre de 2013, expedido por la Superintendencia de Sociedades (f.º 497 a 498), en el cual se ordenó el cierre del proceso de liquidación obligatoria de dicha sociedad; que por ello se imponía determinar cuál era la entidad encargada de reconocer y pagar el referido cálculo actuarial.

Resaltó que la Fiduprevisora el 14 de febrero de 2006 suscribió contrato de fiducia mercantil 310138 con la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. (f.º 471 a 479), para constituir el Patrimonio Autónomo Panflota con los bienes y recursos de la entidad liquidada; que en consecuencia era la Fiduprevisora S.A., la encargada de realizar el pago del cálculo actuarial, ya que es la vocera y administradora de tales recursos, tal como lo decidió el *a quo*.

Señaló que, no obstante, la aludida obligación solo sería sufragada en la porción que le correspondía al empleador, según lo dispuso el Decreto 3041 de 1966, ya que la falta de afiliación no obedeció a la omisión de sus obligaciones, sino a la inexistencia de cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del ISS, para el personal del transporte marítimo, deber que surgió a partir del 15 de agosto de 1990, con la Resolución 3196 de igual año.

Advirtió que la Fiduprevisora S.A. celebró contrato de mandato 9264-001-2014 con la sociedad Asesores en Derecho SAS, para que fungiera como mandataria en

representación de Panflota, según certificación expedida el 22 de abril de 2015 (f.º 753), la cual dispuso como una obligación adquirida por la sociedad:

[...] 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 SU1023 de 2001, proferida por la Corte Constitucional.

Consecuente con lo anterior, estimó que la citada sociedad únicamente estaba obligada a expedir el acto administrativo de reconocimiento del cálculo actuarial ordenado en esta sentencia, según el valor que determine Colpensiones al momento de efectuar la correspondiente liquidación; de ahí que debía revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a Asesores en Derecho SAS de las pretensiones incoadas, para ordenarle que expida los actos administrativos de reconocimiento y pago del cálculo actuarial, en favor de José Fernando Díaz Lasso.

Para resolver el recurso de apelación de la Federación Nacional de Cafeteros, señaló que su responsabilidad subsidiaria, como administradora del Fondo Nacional del Café, frente a las obligaciones de la extinta Flota Mercante, fue definida en la sentencia CC SU1023-2001, de la cual trajo a colación algunos pasajes.

Expuso que teniendo en cuenta la citada decisión y una vez analizado el acervo probatorio, se tenía que «*la Federación*

Nacional de Cafeteros de Colombia no desvirtuó la presunción de culpa que recae sobre ella como sociedad matriz en el estado de insolvencia de la Flota Mercante»; que con ese fin se había referido a la Ley 7 de 1991, los Decretos 501 y 2327 de 1990 y 1992, respectivamente, que suspendieron «a la Flota Mercante la protección fiscal y mercantil que le otorgaba una reserva para transportar el 50% de toda la carga que entraba o salía del país», pero que no aportó pruebas que evidenciaran que tal situación fuera la causa directa y eficiente del estado de insolvencia en que cayó la sociedad subordinada, pues no demostró que su equilibrio financiero tuviera origen único en la protección fiscal y mercantil que le otorgaba la ley en su momento.

Explicó que lo pretendido por la Federación no se deducía del estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante que consta a folios 175 a 323, ya que, por el contrario, allí se indica que *«la eliminación de la reserva de carga fue apenas uno de los factores que incidieron en la crisis económica de la Flota Mercante durante los 13 años anteriores a la declaración de insolvencia».*

Coligió que definida la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, procedían las condenas que se impusieron en primera instancia por los derechos laborales que se causaron a favor de José Fernando Díaz Lasso, advirtiendo que los argumentos planteados por la apelante, respecto al

carácter de parafiscalidad de los recursos del Fondo Nacional del Café, no son óbice para truncar las aspiraciones pensionales del actor, pues como lo dijo la Corte Constitucional, sí podían destinarse a sufragar las pensiones a cargo de la Flota Mercante.

Puntualizó que tal pago solo operaba en el evento de que en el Patrimonio Autónomo Panflota no existieran los dineros suficientes para el cumplimiento de la condena, debiendo, en dicho caso y con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, efectuar la cancelación de la suma que se liquidara por concepto de cálculo actuarial.

Arguyó que la responsabilidad no podía ser extendida al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como lo reclamaba el accionante, ya que fue propuesta como petición subsidiaria, la cual no se analizó al ser procedente la pretensión principal; que además la responsabilidad del ente Ministerial para la cancelación de las condenas no fue probada, solo se basó en hechos inciertos.

Esgrimió que, definido el derecho al cálculo actuarial, debía adicionarse la sentencia apelada, para establecer que Colpensiones era la llamada a liquidarlo, por el periodo comprendido del 8 de mayo de 1979 al 9 de diciembre de 1985, según lo dispone el Decreto 1887 de 1994, pues la entidad debía recibir el importe a satisfacción para que se entendiera cumplida la obligación. Agregó que, en atención al recurso de apelación elevado por la Federación, se debían descontar los días en los que el actor disfrutó de licencia no

remunerada y los de sanción de suspensión, los cuales correspondían a un total de 230 días (f.º556).

Aclaró que tal información debía ser suministrada a Colpensiones por la Fiduprevisora S. A., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, habida consideración que la custodia de la documentación se encontraba a su cargo, de conformidad con lo establecido en el otrosí n.º 1 del contrato de fiducia mercantil 310138 (f.º 247 vto. a 486).

Respecto del salario a tener en cuenta para efectos de la liquidación del cálculo actuarial, dijo que se equivocó el *a quo* al afirmar que el devengado en el último año de servicios correspondía a US7.580,56 dólares, conforme la liquidación de cesantías obrante a folio 620, pues no era «*lo mismo al último salario percibido*», por ende, revocó parcialmente la decisión apelada, que dispuso el pago del cálculo actuarial sobre dicho monto, para ordenar a la Fiduprevisora S.A. que dentro del mismo término, le informara a Colpensiones sobre los salarios devengados cada mes por el demandante y los factores que lo constituían.

Aseveró que no era posible en este momento determinar la remuneración devengada mes a mes con la documental aportada al plenario, pues en la historia laboral que allegó Fiduprevisora S.A., no se encontraba certificación de tales valores, sino de la asignación mensual consignada «*en los avisos de traslado o promoción, sin que den claridad sobre los*

factores salariales que constituían salario para el demandante».

Especificó que según lo dispone el artículo 135 del CST «*Cuando el salario se estipula en moneda o divisas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que debe efectuarse el pago*», norma que debía tener en cuenta Colpensiones para liquidar el cálculo actuarial y determinar los salarios que se certificaran en moneda extranjera; y que durante los tiempos que no exista certificación del devengado, debía tomar el mínimo legal mensual vigente.

Frente al reconocimiento pensional que solicitaba el demandante, dijo la colegiatura que si bien había cumplido 62 años de edad el 15 de abril de 2018 (f.º 548) y completaba para ese momento 1435,12 semanas en toda su vida laboral, ya que en la historia laboral aparecían 1124,41 semanas aportadas a Colpensiones (f.º 672 a 677), y «*los tiempos aquí reconocidos mediante cálculo actuarial en la presente decisión, 310,71 semanas*», por el lapso del 8 de mayo de 1979 y al 9 de diciembre 1985, no era posible reconocer la pensión de vejez «*en este momento*», pues, no se cuenta con el detalle de los salarios devengados mes a mes en la Flota Mercante Grancolombiana, información que, reiteró, debe ser suministradas por la Fiduprevisora S.A. a Colpensiones.

Definió que tal información era necesaria para determinar el IBL de lo cotizado en toda la vida laboral «*de*

resultarle más favorable para liquidar la pensión y para determinar la tasa de reemplazo», conforme lo establecen los incisos 3 y 5 del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, pero que, una vez la Fiduprevisora S.A. suministrara dicha información, el promotor del proceso podría efectuar las gestiones pertinentes para el reconocimiento y pago de la prestación.

IV. RECURSOS DE CASACIÓN

Fueron interpuestos por la accionada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el demandante José Fernando Díaz Lasso, concedidos por el Tribunal y admitidos por la Corte. Por cuestiones de método, la Sala, en primer lugar, abordará el estudio del recurso presentado por la Federación, para luego estudiar el planteado por el actor.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN DEMANDADA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA

De manera principal pide que se case la sentencia confutada, para que, en sede de instancia, se revoque el fallo del *a quo* en cuanto condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, para, en su lugar, absolverla y hacer el pronunciamiento que corresponda frente a La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con referencia a la responsabilidad subsidiaria regulada en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

En forma subsidiaria, depreca que se case la sentencia del *ad quem*, en cuanto confirmó la decisión de primera instancia en lo que respecta a condenar a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, a pagar el cálculo actuarial que se liquide por Colpensiones, y correspondiente al periodo no cotizado durante la vinculación laboral del demandante en la Flota Mercante Grancolombiana

S.A. y, «*en sede instancia, habrá de revocarlo así dispuesto por el juzgado del conocimiento, para, en su lugar, absolverla de tal súplica*».

Con tal propósito, por la causal primera de casación, formula dos cargos, que obtiene réplica de La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Colpensiones y el demandante, los cuales se pasan a estudiar.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con los artículos 822, 1262 y 1263 del CCo; 2142 y 2186 del CC; 2 y 6 de la CP; vulneración que dio lugar a la indebida aplicación de los artículos 259 inciso 2 y 260 del CST; 3 y 38, 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3141 del mismo año; 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; 12 del Acuerdo 049 de 1999, aprobado por el Decreto 758 de igual anualidad; artículos 373 del CCo; 60 del CPC; 72 y 76 de la Ley 90 de 1946.

Aduce que no discute la conclusión a que llegó la colegiatura, relativa a que «*no se desvirtuó la presunción prevista en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 para la matriz o controlante de la sociedad subordinada*» que entra en situación de concordato o liquidación obligatoria; de manera que el reparo se centra en que, si la entidad recurrente fue vinculada como administradora del Fondo Nacional de Café y en esa condición se le condenó, ello «*tenía y tiene implicaciones legales que no fueron aplicadas debidamente por el Tribunal*».

Asevera que «*una de esas implicaciones era y es*», que teniendo presente la calidad en la que actúa la Federación, se debía «*determinar quién era el mandante de la Federación*,

y consecuentemente, de estar vinculado al proceso, imponer a este la condena, y no fulminarla como lo hizo, al mandatario», pero como el colegiado de instancia no procedió de esta manera, incurrió en la violación de los artículos 822 y 1266 del CCo. y 2186 del CC, en concordancia con los artículos 1262 y 1263 del CCo. y 2142 del CC, junto con «la aplicación indebida de las otras normas relacionadas en la proposición jurídica del cargo».

Arguye que, si el Fondo Nacional del Café no es persona jurídica, habría que concluirse que la responsable subsidiaria era La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su condición de mandante de la Federación.

Señala que en la sentencia CC SU1023-2001 se advirtió que la medida tomada era transitoria frente a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Fondo Nacional del Café, porque, en definitiva, sería el juez ordinario el que debía establecer a quién le correspondía la responsabilidad subsidiaria del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, admitiendo inclusive la posibilidad de que aquella fuera de La Nación.

Añade que, en lo que tiene que ver con la naturaleza de los recursos con los que se «nutre» el Fondo Nacional del Café, debe tenerse en cuenta la sentencia CC C840-2003 en la cual se dijo: *«La naturaleza del recurso público del Fondo Nacional de Café, queda claramente reconocido [...] como se ha establecido, provienen de unas contribuciones parafiscales».*

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

VII. LA RÉPLICA

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presenta réplica conjunta a los dos ataques; sostiene que no existe pretensión de condena en su contra y, por ello, no se opone a los fundamentos del recurso, pues los efectos de la sentencia que lo decida de manera alguna podrían cobijarlo.

Agrega que, en todo caso, no sobra señalar que dicho Ministerio está facultado exclusivamente para ejercer funciones asignadas expresamente en la ley, como lo dispone el artículo 5 de la Ley 489 de 1998, y por mandato legal le está vedado asumir otras en los términos del Decreto 4712 de 2008.

Insiste en que ese ente Ministerial desconoce la situación laboral, prestacional y pensional del demandante frente al empleador, pues con él no sostuvo relación jurídica o vínculo laboral; y que tampoco se le puede endilgar

responsabilidad frente a las pretensiones de la demanda en cumplimiento de la sentencia CC SU1023-2001, pues la responsable es la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de La Flota Mercante S.A., hoy liquidada.

A su turno, Colpensiones hace oposición también conjunta a los dos cargos y asegura que la sentencia del Tribunal debe mantenerse incólume, dado que los artículos referenciados en la demanda de casación fueron debidamente aplicados, reconociendo el cálculo actuarial, pues los empleadores omitieron el deber de afiliación del trabajador a la seguridad social. Recuerda que conforme al Decreto 3041 de 1966, los asalariados tenían la obligación de pagar un porcentaje de las cotizaciones a la seguridad social, para cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, la cual no puede evadirse argumentando la omisión de afiliación para eximir su responsabilidad.

Indica que el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la vigencia del Sistema General de Pensiones y la afiliación tardía, solo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente.

El demandante en su réplica, frente a la primera acusación, señala que se torna infundada, dado que desde la sentencia CC SU1023-2001 y en diversos casos de la misma índole, se ha excluido la responsabilidad subsidiaria de la

Nación con la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana. Agrega que la controlante de esa compañía no es La Nación, sino la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, por ende, es la verdadera responsable subsidiaria.

VIII. CONSIDERACIONES

Dada la senda seleccionada para orientar el ataque, en este asunto no hay discusión sobre los siguientes fundamentos fácticos establecidos por el *ad quem*: *i)* que el demandante José Fernando Díaz Lasso laboró para la Flota Mercante Gran Colombiana, hoy extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., por el lapso del 8 de mayo de 1979 al 9 de diciembre de 1985, con una interrupción de 230 días, sin que fuera afiliado al sistema de pensiones; *ii)* que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia era la sociedad matriz o controlante de la hoy extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; y *iii)* que no se desvirtuó la presunción establecida en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

Así las cosas, le corresponde a la Corte determinar si el Tribunal erró al definir que la Federación Nacional de Cafeteros estaba llamada a responder subsidiariamente por el cálculo actuarial a favor del actor, pues en decir de la censura, tal responsabilidad se debía predicar de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como mandante de aquella.

Para dilucidar lo anterior, la Sala encuentra pertinente reproducir el texto del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, que indica:

ARTICULO 148. ACUMULACION PROCESAL. <Título II. derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, a partir del 28 de junio de 2007>. Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.

PARAGRAFO. 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 ésta 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 aquélla. 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 una causa diferente.
(Se subraya).

En términos similares se previó en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, lo siguiente:

ARTÍCULO 61. DE LOS CONTROLANTES. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, 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 reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está 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 esta fue ocasionada por una causa diferente.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años.

Conforme al texto de las disposiciones transcritas, se infiere que en ellas se consagró una presunción especial de orden legal, en el sentido de que el estado concursal o de liquidación obligatoria de una empresa subordinada, surge como consecuencia de las actuaciones realizadas por la sociedad matriz, las que se derivan de los actos de control ejercidos por esta última. De igual forma, se prevé que corresponde a la compañía controlante, desvirtuar tal presunción, demostrando que esta fue ocasionada por causas diferentes a su proceder.

Así las cosas, si en el sub judice el *ad quem* concluyó que aquella presunción no fue desvirtuada, en la medida que lo argumentado por la accionada, respecto a que la situación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. se causó porque el Gobierno Nacional le suspendió la protección fiscal y mercantil que le otorgaba una reserva para transportar el 50% de toda la carga que entraba o salía del país; lo cual quedó huérfana de prueba; no podía la alzada llegar a una conclusión distinta a la plasmada en la decisión censurada, esto es, condenar a la Federación Nacional de Cafeteros, dada su comprobada calidad de matriz o controlante de la citada compañía que se encontraba en liquidación obligatoria.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL15310-2014, reiterada, entre otras, en las decisiones CSJ SL1973-2019, CSJ SL471-2019, CSJ SL3493-2020 y CSJ SL4820-2020, se explicó que la sociedad matriz o controlante Federación Nacional de Cafeteros es responsable subsidiaria de las obligaciones, cuando no desvirtúa la presunción legal del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, y al respecto señaló:

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

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

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

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

Y en decisión CSJ SL1256-2019, la corporación adoctrinó:

Para este asunto, la presunción de la responsabilidad permite partir de la base de que, la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y, en tal medida, las obligaciones de la sociedad en liquidación deben ser asumidas por la matriz o controlante, salvo que esta se ocupe de demostrar lo contrario.

Ahora, en sentir de la recurrente, quien debe responder subsidiariamente es la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como quiera que su accionista era el Fondo Nacional del Café, entonces, el juez colegiado debió determinar quién era el mandante de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y, como lo era el citado ente ministerial, en contra de este debió proferirse condena, en cambio de imponérsela a la mandataria.

De ahí que, tal argumentación de la censura no puede conducir al quiebre de la sentencia cuestionada, máxime si se tiene en cuenta que la misma necesariamente invita a la Corte a examinar el contrato de administración celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, lo que evidentemente no es admisible por el sendero de puro derecho por el cual se dirigió el ataque; pues la sola mención de su existencia resulta insuficiente para eximir de responsabilidad a la recurrente.

Por lo dicho, no resulta posible determinar si el Tribunal transgredió los artículos 1262 y 1263 del CCo, pues estos disponen que el mandato puede «*conllevar*» o no la representación del mandante, que comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido, y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento; y además que el mandato general «*no comprenderá los actos que excedan del giro*

ordinario del negocio, o negocios encomendados, salvo que se haya otorgado autorización expresa y especial»; todo lo cual para su verificación, se itera, requiere de la constatación física del medio de prueba.

Cabe hacer las mismas consideraciones respecto de las normas civiles invocadas en la proposición jurídica, pues, en general, no excluyen la posibilidad de que al mandatario pueda tener responsabilidad en su gestión, como expresamente lo prevé el artículo 2155 del Código Civil, que preceptúa que aquel responde «[...] *hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo*». Tampoco se podría estudiar por esta vía la eventual prueba de la ratificación por parte del mandante respecto de las obligaciones que haya asumido la mandataria.

Ahora, al no desvirtuarse la presunción legal contenida en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 por parte de la Federación, es evidente que tampoco resulta equivocado desestimar la pretendida responsabilidad de La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal como lo señaló esta corporación en sentencia CSJ SL3154-2022, al resolver un cuestionamiento similar al aquí planteado, en un proceso laboral seguido contra las mismas entidades. En efecto, en la referida decisión la Corte consideró lo siguiente:

[...] La conclusión a la que llega la Corporación es que existe la condición de subordinada de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante respecto de la hoy impugnante (CSJ SL 471-2019).

Ahora bien, frente al argumento que recuerda la recurrente y que tiene que ver con la responsabilidad que debe establecerse

con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, o si por el contrario, existen otros responsables por las obligaciones laborales de la compañía en liquidación obligatoria, es cierto que la acción de tutela otorgó una protección transitoria, no obstante, no se evidencia que la situación societaria y de subordinación haya variado a efectos de sentar una posición distinta a la ya analizada no solo por la Corte Constitucional, sino por la Corporación.

Y, el argumento frente al cual el Estado Colombiano (Ministerio de Hacienda) es quien debe responder por este tipo de obligaciones conforme el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, no tiene asidero pues no se evidencian elementos de juicio que permitan concluir algo distinto, y desvirtuar la presunción establecida en dicha norma, tal y como lo concluyó el juez de segunda instancia. En consecuencia, no prospera el cargo.

(Subraya la Sala).

Del mismo modo, los razonamientos plasmados por la Corte Constitucional en la sentencia CC SU1023-2001, que fueron reiterados por esta corporación en la referida decisión CSJ SL3154-2022, además de avalar el raciocinio del sentenciador de alzada y no las argumentaciones de la censura, explica los motivos por las cuales el hecho de que los recursos del Fondo Nacional del Café tengan naturaleza parafiscal, no es óbice para que se ordene el pago de acreencias pensionales. En la citada decisión, esa corporación dijo lo siguiente:

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.

Téngase en cuenta además que los recursos del Fondo Nacional del Café son administrados por la Federación Nacional de Cafeteros como persona jurídica y en virtud del contrato de administración firmado periódicamente con el Gobierno Nacional. Así mismo, la titularidad de las acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante está a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, en tanto es la Federación la persona jurídica, de derecho privado, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café, en virtud del señalado contrato de administración y debido a que el Fondo carece de personalidad jurídica propia.

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.
- b. En la cláusula octava señala las actividades que podrá ejecutar la Federación con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, las cuales comprenden, entre otras, las de efectuar inversiones permanentes.
- c. La cláusula undécima contempla entre los ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café, los provenientes de los rendimientos de las distintas inversiones, incluyendo las financieras, y como

otros egresos netos los correspondientes a los programas de inversión que incluyan la capitalización o liquidación de las empresas en las cuales el Fondo Nacional del Café sea accionista.

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

Ahora bien, en este caso y según lo precisó la Corte en la sentencia C-510 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, “el objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada.

“Se trata, entonces, de una presunción juris tantum, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos”.

Por lo tanto, la declaración de fondo sobre la responsabilidad de la matriz compete tomarla, con valor de cosa juzgada, al juez ordinario y no al juez de tutela. En ese escenario corresponderá establecer si la responsabilidad debe establecerse con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, de la firma administradora de los recursos del Fondo, de la Nación o si existen otros responsables por las obligaciones laborales de la compañía en liquidación obligatoria.

Por todo lo expuesto, el Tribunal no se equivocó al avalar la decisión de primer grado que determinó que la Federación Nacional de Cafeteros debía responder en forma subsidiaria por el cálculo actuarial a favor del demandante. En consecuencia, el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por haber interpretado erróneamente los artículos 72 y 76 de Ley 90 de 1946; 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y 1 del Decreto 1887 de 1994, en concordancia con los artículos 260 del CST; 6, 29 y 230 de la CP; 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966; 27 y 31 del CC; 1 del CST.

Luego de puntualizar que el cargo se refiere al alcance subsidiario de la impugnación y se orienta por la vía directa, aduce que lo que discute es el entendimiento que el Tribunal otorgó a los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y que haya acogido el criterio jurisprudencial de la sentencia CSJ SL, 16 jul. 2014, rad. 41745, para concluir que cuando un trabajador, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, por cualquier motivo no estuvo afiliado al ISS, tiene derecho a que el empleador pague el cálculo actuarial consagrado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Considera que se equivoca la colegiatura al derivar de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 la *«supuesta obligación de aprovisionamiento que tenía que hacer el empleador»*, para cuando el riesgo de vejez fuera asumido por el ISS, pues, en su decir, el correcto entendimiento es que tal deber *«estaba y está predicado es con relación a los trabajadores que, al momento de la afiliación, se encuentren al servicio del empleador»*.

Refiere que aunque la pensión de jubilación estaba a cargo del empresario, en los términos del artículo 260 del CST, ese derecho solo se configuraba cuando el trabajador cumpliera 20 años de servicios, ya que, en tanto no se diera ese supuesto, solo se podía hablar de expectativas que no conformaban ningún derecho; que, en ese orden, los referidos artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 no permiten fundar la exégesis de un aprovisionamiento, pues conforme al último canon la obligación de «*aportar las cuotas proporcionales correspondientes*» recae respecto de los trabajadores que al momento del llamado a afiliación se hallaban laborando para el empleador obligado a afiliarlo.

Señala que, si el trabajador prestó sus servicios desde el 8 de mayo de 1979 y hasta el 9 de diciembre de 1985, para ese entonces no estaba pensado ni estructurado, un aprovisionamiento, por ende, no es posible que se diga que los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 imponían esa obligación de reservar un capital. Agrega que el artículo 260 del CST «*también desemboca*» en la vulneración del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, toda vez que en esas normativas se establece el cálculo actuarial, pero para las situaciones relacionadas con la omisión del empleador de afiliar a un trabajador al sistema y «*aquel que tuviera a su cargo la pensión de jubilación*», aspectos que no se presentaban en el *sub judice*.

Finalmente sostiene que concluir que todas las personas que, antes de la vigencia de la referida Ley 100

hayan tenido un trabajador sin afiliación, por no estar obligado a ello, sin importar la razón, son deudoras del cálculo actuarial, contradice lo expresado por el legislador, en la medida que, itera, tal obligación la limitó a los trabajadores cuya vinculación laboral se encontraba vigente o se inició con posterioridad a la entrada en vigor del referido compendio normativo.

X. LA RÉPLICA

Como se indicó en la primera acusación La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como Colpensiones presentaron réplica conjunta a los dos ataques, por ende, la Sala se remite a lo allí señalado.

Por su parte, el demandante frente a la segunda acusación señaló que no puede endilgársele equívoco al Tribunal, al ordenar el pago del cálculo actuarial, pues la carga pensional de jubilación «*continúa*» bajo la responsabilidad del empleador, aun cuando no hubiera presencia del ISS en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de industria. Dijo que con la expedición de la Ley 100 de 1993 se contempló la situación de aquellos trabajadores que prestaron sus servicios, pero que no fueron afiliados por el empresario al régimen de pensiones, «*teniéndose en cuenta dicho tiempo de servicio y quedando por cuenta de aquél (y no del trabajador), la asunción del título pensional*».

XI. CONSIDERACIONES

La censura cuestiona la condena impuesta a la Federación, como administradora del Fondo Nacional del Café, de pagar el cálculo actuarial por los tiempos trabajados por el actor para la Flota Mercante Grancolombiana S.A., por cuanto, en su criterio, esa obligación no tiene fundamento alguno en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, ni en el 260 del estatuto laboral; así mismo, recalca que no hubo omisión del empleador e insiste en que de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para que fuera procedente la cancelación de tal obligación, el vínculo laboral debía estar vigente al entrar a regir esa normativa o haber iniciado con posterioridad a la misma.

Entonces, el problema jurídico que le corresponde elucidar a la Sala consiste en determinar si el juez de segunda instancia se equivocó en la intelección de las disposiciones acusadas como violadas por la recurrente, al entender que, según los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, se impuso al empleador la obligación de aprovisionar el valor de las cotizaciones de sus trabajadores para su posterior traslado al ISS, independientemente que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el contrato de trabajo ya hubiera finalizado.

Para resolver las inconformidades planteadas, basta recordar que la Sala ya ha tenido oportunidad de definir, en casos similares al presente, 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.

En ese orden, 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. En sentencia, CSJ SL287-2018, se expuso:

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

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

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

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».

Dicha postura que ha sido reiterada en las recientes sentencias CSJ SL10122-2017 y CSJ SL068-2018.

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

Así las cosas, surge evidente que no le asiste razón al censor cuando afirma que el Tribunal interpretó equivocadamente los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, al considerar que los mismos establecen la obligación de provisionar el valor de las cotizaciones de sus trabajadores, pues, por el contrario, tal entendimiento se aviene a la jurisprudencia reiterada de esta corporación.

Así mismo, la Corte ha señalado que resulta irrelevante que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 el contrato de trabajo no se encontrara vigente, pues la obligación de

asumir el cálculo actuarial deriva de los servicios prestados.

Al respecto en sentencia CSJ SL2584-2020, se adoctrinó:

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. Sobre el particular, en sentencia CSJ SL 2138 de 2016, esta Sala precisó:

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

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

[...]

Aunado a lo anterior, la limitante a que alude la censura también fue superada desde el plano normativo, pues con la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el referido artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se estableció, entre otros aspectos, en el literal d), que para efectos del cómputo de las semanas se tendría en cuenta también «*El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador*».

Conforme a lo expuesto, tal disposición amplió el campo de aplicación para efectos de los tiempos a contabilizar, y no puso como condición que la relación laboral estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993 o que iniciara con posterioridad, limitantes existentes en la hipótesis prevista en el literal c) del párrafo 1 del artículo 33 de la citada Ley 100 de 1993.

Se observa entonces que con la modificación introducida por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, lo que se hizo fue adecuar al régimen pensional establecido en la aludida Ley 100 de 1993, en particular las exigencias para poder computar los tiempos laborados por el trabajador, con un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier época.

A lo precedente se suma que respecto de las disposiciones que regulan los efectos de la omisión en la afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva a la consolidación del derecho, esta corporación tiene dicho que son las vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho pensional e independientemente de que las diferentes situaciones se presenten con anterioridad a la vigencia de la ley (CSJ SL2731-2015).

En este punto en particular, si bien el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, consagró en su aparte pertinente que *«Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en*

concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta: [...] c). El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente Ley». Lo cierto es que sobre el correcto entendimiento del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resulta oportuno recordar lo expuesto en decisión CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 40250, en la cual se explicó que cuando se hacía referencia a empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, comprendía aquellos que tuvieran una obligación pensional, entre otras razones, por no haber afiliado o no cumplir oportuna y suficientemente con el deber de cotizar. Al respecto, se indicó:

Los empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, tomando un aparte de la literalidad del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, son aquellos que frente al actor tienen un deber pensional, porque no fueron subrogados totalmente por una administradora de pensiones, ora porque no se afilió el trabajador al sistema, ora se hizo luego de diez años de servicios, ora no se cumplió oportuna y suficientemente con el deber de cotizar.

Conforme a lo reseñado, surge palmario que para efectos de la condena al cálculo por la no afiliación del trabajador al sistema de pensiones no es necesario que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el nexo laboral se encontrara vigente o que hubiera iniciado con posterioridad, como equivocadamente argumenta la censura.

Por lo estudiado, el cargo no prospera.

Las costas en este recurso extraordinario estarán a cargo de la demandada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y a favor de los opositores demandante, Colpensiones y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se fija como agencias en derecho la suma única de \$10.600.000, que se incluirá en la liquidación que se practicará conforme al artículo 366 del CGP.

XII. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN DEL DEMANDANTE JOSÉ FERNANDO DÍAZ LASSO

Pretende el recurrente que la Corte case parcialmente el fallo impugnado, para que en sede de instancia se proceda a:

1. Confirmar la sentencia del *a quo* en cuanto a que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café, debe pagar la totalidad del cálculo actuarial, objeto de condena.
2. Adicionar la sentencia y establecer que el último salario devengado por el actor fue la suma de USD 631.71 dólares, que, a la tasa representativa de mercado establecida para el día 9 de diciembre de 1985 de \$168.07, arroja un valor como último salario la suma de \$106.171.49 COP, salario con el cual debe proyectarse el cálculo actuarial del actor, incluyendo los factores de salario básico, prima de antigüedad, dominicales, festivos, horas extras, trabajo de mantenimiento y ayuda operacional, trabajo nocturno, alimentación y alojamiento, viáticos, prima extralegal de servicios y suplementarios, de acuerdo con la convención colectiva y los laudos arbitrales.
3. Se revoque la sentencia proferida por el *a quo* y en su lugar se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, por cumplir todos los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de vejez, a partir del 15 de abril de 2018.
4. Adicionar el fallo en el sentido de reconocer a partir del 15 de abril de 2018, los intereses moratorios, conforme lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Con tal propósito, por la causal primera de casación laboral, formula cinco cargos que obtienen réplica de la Federación Nacional de Cafeteros, únicamente frente a los tres primeros ataques, de La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones respecto de todas las acusaciones; de los cuales, por cuestión de método, se estudiará en comienzo el primer ataque, luego se analizará el cuarto, enseguida el quinto y finalmente, de manera conjunta, el segundo y tercero.

XIII. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de ser violatoria por la vía directa en la modalidad de infracción directa de los artículos:

[...] 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; los artículos 8 y 21 del Decreto 1864 de 1965 (aprobatorio del Acuerdo 189 de 1965 ISS); artículo 38 del Acuerdo ISS 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3061 de 1966; del párrafo 1º literal d), inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, de los artículos 1 al 9 y el 12 del Decreto 1887 de 1994 y del artículo 17 del Decreto 1748 de 1995, en relación con los artículos 72 y 76 de la ley 90 de 1946.

En la demostración, aduce que el juez plural señaló que desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, los trabajadores tenían a su cargo la asunción de un porcentaje de la cotización para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pero que la omisión de afiliación no es eximente de responsabilidad en el pago, y en tal sentido no existe motivo para que se sustraiga del cumplimiento de su obligación de aportar.

Asegura que esta conclusión es equivocada, pues la referida normativa desarrolló los postulados emanados de la Ley 90 de 1946, en especial del artículo 76, frente a la obligación de todo empleador, no del trabajador, de aprovisionar el capital de cotización de la totalidad de sus trabajadores para efectos de la conmutación pensional, para que las obligaciones previsionales fueran asumidas por el ISS. Agrega que el Acuerdo 189 de 1965 señala que si la mora del empleador es causa para la no concesión de la prestación, correría a su cargo.

Explica que, por su parte, el Decreto 3041 de 1966 reglamentó lo atinente a la relación jurídica de afiliación, cotización y beneficios para los riesgos comunes de invalidez, vejez y muerte y señaló la obligación de cotización entre el «*patrono*», el trabajador y el Estado; que, no obstante, para los efectos de omisión en la afiliación o tiempos faltantes, se reputan como descuentos no efectuados y, por ende, no podía atribuirse responsabilidad a cargo del empleado.

Asevera que si se pretendía aplicar las previsiones del decreto mencionado, como lo hizo el Tribunal, la infracción directa es palpable, puesto que no es procedente hacer descuento para el asegurado, por tanto, las cotizaciones no descontadas estaban a cargo del empresario en su totalidad.

Añade que, el artículo 26 del Decreto Ley 1650 de 1977 señaló que la empresa tenía la responsabilidad del pago de los aportes conjuntos, y precisa:

[...] con la expedición del decreto 2665 de 1988, la situación no pudo haber quedado más clara.

[...]

Es absolutamente claro que el patrono está obligado a hacer descuentos desde el mismo momento en que el trabajador prestó sus servicios, y aquel también tiene el compromiso con el sistema de seguridad social de provisionar el capital de cotización de todos sus trabajadores. Si el empleador no hiciera en la oportunidad respectiva (cuando el trabajador preste sus servicios) y se abstenga de descontar los aportes, multas o reembolsos ordenados a favor del Instituto y a cargo del afiliado, no podrá deducirlo posteriormente, debiendo asumir la totalidad del valor respectivo ante el ISS.

Con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, se consolida la obligación del empleador de asumir la totalidad del aporte, aun cuando no hubiere efectuado el descuento al trabajador, concluyendo que, en este tema, el trabajador no tiene porqué asumir consecuencias en su patrimonio por la omisión del empleador.

[...]

El artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el Decreto 1748 de 1995, estableció para el efecto las consecuencias en materia de seguridad social frente a la omisión de la afiliación del trabajador por parte del empleador o la afiliación tardía de aquel [...].

Refiere que a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014, esta corporación recogió su criterio de inmunidad total del empleador frente a la omisión en la afiliación por falta de cobertura, sentando como premisas *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 dolosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social; *ii)* que 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 concretarlo era mediante el

traslado del cálculo actuarial, para de esa forma garantizar que la prestación está a cargo del ente de seguridad social.

Concluye que la decisión del Tribunal termina premiando la omisión del empleador, cuando era su responsabilidad exclusiva el pago de los aportes, máxime cuando no efectuó ningún tipo de descuento a su cargo, que ahora pretende efectuar de forma extemporánea, sin haber lugar a ello, derivando inequívocamente en la infracción directa.

XIV. LA RÉPLICA

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se opone conjuntamente a los cinco ataques; argumenta que el juez plural no se equivocó al concluir que el cálculo actuarial es procedente, sin embargo, aduce que es al empleador a quien le corresponde asumir el valor del mismo en su totalidad.

De otro lado, sostiene que no es dable volver sobre la valoración probatoria, ya que las pruebas documentales denunciadas no son calificadas para sustentar el ataque en casación, siendo inmodificable la valoración que hizo el juez de alzada.

Por último, indica que no hay lugar a los intereses moratorios, pues la jurisprudencia tiene establecido que los mismos no proceden *«cuando las pruebas que acreditan los requisitos para la pensión se configuran con posterioridad a la*

actuación administrativa, e incluso, se configuran en el trámite judicial».

Por su parte, la Federación Nacional de Cafeteros afirma que la interpretación del *ad quem* se ajusta a la ley, pues la falta de afiliación del trabajador no obedeció a que el empleador omitiera su obligación, teniendo el deber de hacerlo, por tanto, el cálculo actuarial por el tiempo laborado no cotizado debe ser asumido en conjunto por las dos partes de la relación laboral, de acuerdo con los porcentajes de cotización al sistema, definidos en los artículos 32 del Acuerdo 189 de 1965; 2 del Acuerdo 029 de 1985, 79 del Acuerdo 044 de 1989, 45 del Acuerdo 049 de 1990 y 20 de la Ley 100 de 1993, en pro del principio de distribución del valor del aporte.

De otra parte, afirma que es equivocado el argumento del recurrente, referente a que, como el riesgo pensional estuvo a cargo del empleador está obligado a asumir la totalidad del valor del cálculo actuarial, porque siendo cierto que el demandante no estuvo afiliado al ISS durante los periodos en que laboró, también lo es que, para que la pensión de jubilación estuviera encabeza de la Flota Mercante se necesitaba que José Fernando Díaz Lasso le hubiese prestado sus servicios durante 20 años, lo que no ocurrió, pues según los extremos de la vinculación laboral permaneció únicamente por 6 años y 7 meses.

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó oposición en los mismos términos referidos en la

réplica a la demanda de casación de la Federación Nacional de Cafeteros, en consecuencia, la Sala se remite a lo allí indicado.

XV. CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver estriba en establecer si a la empleadora le corresponde el pago total del cálculo actuarial o si lo debe asumir de manera compartida con el trabajador, como lo entendió el Tribunal, bajo el argumento de que, como en estos casos no se trata de una omisión del empresario, el demandante no está exento del porcentaje que le corresponde como trabajador.

Al respecto, esta corporación 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, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales en su totalidad frente a aquellos periodos, toda vez que en esos momentos estaban bajo su responsabilidad.

Lo anterior se traduce en que corresponde al empresario asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, pues en tal interregno la obligación estuvo a su cargo.

De ahí que, no le asiste razón al *ad quem* al imponer que el pago del cálculo actuarial sea distribuido entre el empleador y el extrabajador, conforme se adoctrinó en las sentencias CSJ SL3807-2019, CSJ SL1179-2020 y CSJ SL4921-2021, y en esta última se explicó:

De esta suerte, resulta claro que el precepto no previó la contribución por parte del trabajador para este propósito, y que lo aquí regulado dista de aquello a que se refiere la disposición acusada por la censura como omitida en su aplicación por el Tribunal, esto es, el art. 20 de la Ley 100 de 1993, para respaldar su tesis de que el extrabajador debe asumir una parte del cálculo actuarial que debe pagarse, según la cual, los empleadores deberán pagar el 75% de la cotización y los trabajadores el 25% restante.

Es que en ese último caso, la ley se refiere a la proporción que le corresponde pagar a cada uno, empleador y trabajador, en el evento de aplicación de las reglas generales de cotización al Sistema de Pensiones, en tanto que el párrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, regula una situación excepcional, bajo unos supuestos completamente diferentes, se itera, relacionados con el cómputo de semanas que se deben tener en cuenta para efectos de cumplir los requisitos para pensión y la manera de habilitarlas, cuando se presentan los supuestos señalados en los literales c), d) y e).

En ese mismo sentido se expresa el Decreto 1887 de 1994, en su artículo 1º:

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

Nótese que en el reglamento se señala de modo imperativo que las empresas o empleadores del sector privado «deberán» trasladar la reserva actuarial o el cálculo actuarial al ISS, con lo cual no queda ninguna duda de quiénes son los sujetos obligados y de cuál es el objeto sobre el que recae dicha obligación, sin que

en esa relación participe en manera alguna el trabajador. Dicho en otras palabras, para el caso en concreto, el pago del cálculo actuarial a que se refiere el parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 recae exclusivamente en el empleador. (Lo subrayado pertenece al texto original).

Aunado a lo precedente, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del ISS, a través de cálculo actuarial, se deriva del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, disposiciones éstas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago. En efecto el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, consagra lo siguiente:

El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

[...] (Subraya fuera de texto)

Por su parte, el penúltimo inciso del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que se remite, entre otros, al literal c) del inciso 1º, *ibidem*, 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 [...].

(Subraya fuera de texto)

En los términos del último precepto legal citado, corresponde al «*empleador o la caja*» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a la obligación de ese pago también en cabeza del trabajador.

A lo anterior se suma que el razonamiento a que acudió la colegiatura para respaldar su tesis de que el accionante debe asumir una parte del cálculo actuarial que debe pagarse, consistente en que la falta de afiliación no obedeció a la omisión de las obligaciones del empleador, sino a la inexistencia de cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del ISS; no resulta acertado, en la medida que, como ya se indicó, la norma que rige el mencionado cálculo no previó la contribución del empleado, de allí que le corresponda su traslado a la entidad de seguridad social de forma exclusiva al empresario en un 100%. Aquí resulta oportuno memorar lo dicho por esta Sala en sentencia CSJ SL2912-2019, en la que se expuso:

Así las cosas, el hecho de que la empleadora tuviera a su cargo la responsabilidad pensional durante algún periodo de tiempo, es suficiente para condenarla a pagar íntegramente el cálculo actuarial por no haberse efectuado aportes, lo que para el presente caso corresponde al interregno comprendido del 2 de septiembre de 1974 al 31 de enero de 1984, sin que sea admisible la tesis de la recurrente en punto a que el trabajador debe asumir una parte del mismo. En ese contexto, resulta evidente para la Sala que el ad quem no se equivocó al avalar la condena por concepto de cálculo actuarial a la luz del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el pago del mismo exclusivamente por parte del empleador. (Subraya la Sala).

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste, como parte débil de la relación laboral,

tendría al final que asumir por su cuenta un porcentaje y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional.

En este orden de ideas, el juez plural cometió el dislate jurídico endilgado y, por consiguiente, el cargo prospera, por ende, se casará la sentencia impugnada en este específico punto.

XVI. CARGO CUARTO

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida de los siguientes artículos:

[...]1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 12 del Decreto 1887 de 1994; 33 y 36 de la Ley 100 de 1993; en relación con los artículos 72 y 76 de la ley 90 de 1946 v; el artículo 9 de la ley 797 de 2003 y así mismo los artículos 48 y 53 de la Constitución Política; el artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en El Salvador en el año de 1988, y el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la ley 74 de 1968, que hace parte del Bloque de constitucionalidad de acuerdo a las reglas consagradas en el artículo 93-2 de la Carta Política.

Afirma que el Tribunal incurrió en los siguientes errores evidentes de hecho:

1. No dar por demostrado, estándola, que el demandante JOSE FERNANDO DIAZ LASSO cumplió el requisito de pensión previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.
2. No dar por demostrado, estándolo, que el demandante causó los salarios entre el 8 de mayo de 1979 hasta el 9 de diciembre de 1985, devengando los factores salariales reseñados

por la prestación de sus servicios a la Flota Mercante Gran Colombiana.

Expone que tales dislates fácticos son producto de la apreciación errónea de la siguiente prueba:

1. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1979. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3-Folios 325 y 326).
2. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1980. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3-Folios 323 y 324)
3. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1981. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3- Folios 320 al 322)
4. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1982. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3-Folios 318 y 319).
5. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1983. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3- Folios 285 y 312).
6. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1984. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3- Folios 255 y 284).
7. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1985. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3-Folios 250-251 y254).

Arguye que en este ataque únicamente se pone en entredicho la falta de apreciación por parte del juez de segundo grado de los salarios devengados mes a mes por el actor, entre el 8 de mayo de 1979 y el 9 de diciembre de 1985,

los cuales se encuentran incorporados al expediente con la remisión de la hoja de vida. Dice que en las sábanas de valores devengados se incluyen los factores denominados: «*salario básico, prima de antigüedad, dominicales, festivos, horas extra, trabajos de mantenimiento y ayuda operacional, trabajo nocturno, alimentación y alojamiento y viáticos.*»

Pone de presente que el juez plural pasó por alto el estudio de la pensión de vejez a pesar de contar con los elementos probatorios y la potestad para resolver «*sobre el punto jurídico puesto a su consideración*». Es decir, el Tribunal tuvo en sus manos todos los elementos para definir la petición de pensión, y de plano deniega justicia al no decidir sobre el particular.

Insiste en que la colegiatura no procedió a reconocer la prestación, a pesar de que tenía a su disposición la totalidad de la documentación que acreditaba el cumplimiento del tiempo de servicios exigido por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; así como la edad señalada para ser beneficiario del derecho.

Asevera que la seguridad social, al igual que el salario en materia laboral, se reputa como un derecho fundamental innominado ligado a la dignidad humana, porque se constituye como el ingreso del trabajador o pensionado destinado a la financiación de sus necesidades básicas, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo dicho derecho. Añade que cuando Díaz Lasso acude a la jurisdicción y no se resuelve su petición, «*es dejar en*

suspenso el derecho que tiene y se causa en el transcurso del proceso, ya que cumple las semanas requeridas para la obtención de la pensión».

Explica que el juez plural incurre en error, toda vez que a pesar de encontrar acreditado que el convocante al proceso cumplió los 62 años de edad y 1435,12 semanas de cotización, para otorgarle la pensión de vejez, señaló que no puede computar el tiempo servido a la Flota Mercante, porque no tiene los salarios mes a mes, cuando salta a la vista que sí estaban los documentos, *«siendo un exabrupto y un llamado a la denegación de justicia, en contra de todo derecho constitucionalmente reconocido».*

XVII. CONSIDERACIONES

En esta acusación, el problema jurídico puesto a consideración de la corporación radica en determinar si el *ad quem* se equivocó al negar el reconocimiento pensional porque, según sus afirmaciones, no era posible determinar la remuneración devengada mes a mes con la documental aportada al plenario, información necesaria para determinar el IBL de lo cotizado en toda la vida laboral *«de resultarle más favorable para liquidar la pensión y para determinar la tasa de reemplazo»* o si, como lo asevera la censura, los referidos comprobantes sí se incorporaron cuando la entidad allegó la respectiva hoja de vida.

Lo primero que advierte la Sala es que el recurrente relaciona como pruebas dejadas de apreciar las planillas de

liquidación de la prima extralegal correspondientes al primero y segundo semestre de los años 1979 a 1985, pero no le indica a la Corte en la sustentación qué es lo que demuestran ni cómo hubieran influido ello en la decisión censurada. No obstante, es posible dar por superada esta impropiedad, pues los aludidos documentos hacen parte de la historia laboral del actor allegada por la Fiduprevisora S.A., la cual consta en el CD de folio 1290, bajo la denominación «*comprobante de pago de la prima de servicios*», sin indicar que tenga carácter extralegal como aduce la censura y, en tales condiciones, es dable su análisis.

En efecto, los aludidos elementos de persuasión contienen una columna denominada «*sueldos*», allí se relaciona lo recibido por el trabajador en cada uno de los meses; en la correspondiente al primer semestre, aparece de enero a junio y en la del segundo semestre, julio a diciembre, también contiene una columna en la que se señalan los días servidos en cada mensualidad.

Así las cosas, resulta palmario que el juez de segundo grado se equivocó ostensiblemente al asegurar que no era posible el reconocimiento pensional, porque en el expediente no se encontraban los salarios recibidos mes a mes por el trabajador; cuando como quedó visto, esa información está contenida en las citadas planillas de liquidación de la prima extralegal correspondientes al primero y segundo semestre durante los años 1979 a 1985.

Consecuente con lo anterior, el cargo prospera y se

casará la sentencia impugnada, también en este puntual aspecto.

XVIII. CARGO QUINTO

Acusa la sentencia de ser violatoria por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En la demostración del cargo, alega que el fallador de segundo grado erró al dejar de lado el estudio del carácter resarcitorio de los intereses de mora. Explica que en la sentencia CSJ SL3130-2020 se indicó que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que tales réditos proceden, tanto por falta de pago total de la mesada, o ante reajustes ordenados judicialmente, reivindicando el carácter meramente resarcitorio de los mismos.

Asegura que el ad quem «dejó huérfana la finalidad del resarcimiento ocasionado en reconocimiento pleno y satisfactorio de la obligación, la sentencia de instancia incurre en la trasgresión endilgada, y en consecuencia en este apartado debe casarse».

Indica que el juez plural desconoció que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 actualizó y tarifó la forma de compensar la falta de cumplimiento de las obligaciones pensionales de cualquier naturaleza, estableciendo como fórmula para tal resarcimiento la tasa máxima de interés

moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago, pues así lo advirtió la Corte Constitucional en sentencia CC601-2000.

Sostiene que, a la luz de los actuales principios, no puede concebirse que ante el pago tardío de la obligación pensional no se generen los intereses moratorios, pues ello deteriora los ingresos del beneficiario en términos reales. Añade que el órgano de cierre constitucional en la sentencia referida consideró que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no distingue la clase de prestación, ya que «*solo se limita a regular los intereses de mora hacia el futuro en materia pensional*», es decir, que tal normativa se debe aplicar a todo tipo de pensiones.

Por último, advierte que el error hermenéutico en que incurrió el juez plural fue desconocer que las consecuencias del incumplimiento en el pago de la pensión, «*aunque sea en forma parcial*», es la cancelación de los perjuicios generados dada la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

XIX. LA RÉPLICA

Como ya se dijo, la réplica de Colpensiones para todos los cargos fue conjunta, la cual ya se sintetizó. Respecto de los demás sujetos procesales, no hicieron oposición a este quinto cargo.

XX. CONSIDERACIONES

En este ataque la inconformidad del recurrente frente a

la sentencia confutada radica en que, a su juicio, el juez de segundo grado se equivocó desde la órbita de lo jurídico al negar la procedencia de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, disposición que se acusa por la vía directa, bajo la modalidad de interpretación errónea.

Para dar solución a los cuestionamientos elevados por la censura, cabe advertir, que la interpretación errónea se presenta cuando el sentenciador le da una inteligencia al precepto legal que no corresponde, distorsionando o desconociendo así su genuino y cabal sentido, es decir, que debe aparecer explícita la referencia a la normativa mal interpretada, o, al menos, ser indudable que en la decisión confutada se aplicó la disposición, dándole una inteligencia que no corresponde a su verdadera hermenéutica.

En el caso bajo examen es palmario que el juzgador de alzada no pudo incurrir en la interpretación errónea del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en razón a que el estudio de la procedencia o no de los intereses moratorios consagrados en dicha preceptiva, obligatoriamente estaba supeditada a la prosperidad de la pretensión principal, que se recuerda era el reconocimiento de la pensión de vejez, súplica que, como quedó visto, fue negada por el Tribunal, por ende, tal normativa no fue tenida en cuenta expresa ni tácitamente por el *ad quem*, por lo que mal hubiera podido interpretarlas con error.

Lo dicho es suficiente para desestimar el cargo.

Sin embargo, es del caso advertir, que, en sede de instancia y dada la prosperidad del segundo ataque, se hará el pronunciamiento respectivo frente a los intereses moratorios reclamados en esta contienda judicial.

XXI. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida de los siguientes artículos:

[...] 467, 468, 469, 470 y 471 del CST, en relación con los artículos 13, 21, 127, 128, 130, 135, 141, 160, 172, de la misma obra, del artículo 21 de la ley 100 de 1993 y del artículo 12 del Convenio 95 de la OIT, aprobado mediante la ley 54 de 1962.

Sostiene que el Tribunal incurrió en los siguientes errores evidentes de hecho:

1. No dar por demostrado, estándolo, que los factores denominados: salario básico, prima de antigüedad, dominicales, festivos, horas extras, trabajo de mantenimiento y ayuda operacional, trabajo nocturno, alimentación y alojamiento, % viáticos, prima extralegal de servicios y suplementarios, son constitutivos de salario al tenor de la voluntad de las partes.

2. Dar por demostrado, sin estarlo, que la inclusión de factores salariales del demandante en el periodo comprendido entre el 8 de mayo de 1979 hasta el 9 de diciembre de 1985, solamente comprendió el salario mínimo, omitiendo la asignación básica demostrada, de prima de antigüedad, dominicales y festivos, horas extras, trabajo de mantenimiento y ayuda operacional, trabajo nocturno, alimentación y alojamiento, % viáticos, prima extralegal de servicios y suplementarios.

3. No dar por demostrado, estándolo, que para efectos de la liquidación de prestaciones y aportes pensionales no reconoció connotación salarial a los factores constitutivos de salario, que para el caso del señor Díaz Lasso se componen de salario básico, prima de antigüedad, dominicales, festivos, horas extras, trabajo de mantenimiento y ayuda operacional, trabajo nocturno, alimentación y alojamiento, % viáticos, prima extralegal de

servicios y suplementarios.

4. No dar por demostrado, estándolo, que los factores denominados: salario básico, prima de antigüedad, dominicales, festivos, horas extra, trabajos de mantenimiento y ayuda operacional, trabajo nocturno, alimentación y alojamiento, e incidencia de la prima extralegales de servicios arrojan un valor de USD 631.71, lo cual hace que el salario a liquidar para los efectos del reconocimiento del cálculo actuarial asciende al valor de arroja un valor de \$106.171.49 (TRM 1985 \$168.07).

Expone que tales dislates fácticos son producto de la apreciación errónea de las siguientes pruebas:

1. Contratos de trabajo (Archivo pdf. José Fernando Díaz pdf. - CD fl. 514 C3-folios 21-25).
2. Laudo Arbitral con vigencia entre 1976 al 1978, (Archivo 08. PRUEBAS DE FOLIO 533 AL FOLIO 621.PDF CD fl 637 C2- folios prueba folios (sic) 21 al 108, cláusula de salarios folios 30, 31 y 32).
3. Convención Colectiva con vigencia 1985 FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA - UNIMAR, (Archivo 08. PRUEBAS DE FOLIO 533 AL FOLIO 621.PDF CD fl 637 C2-folios 109 al 142, cláusula de salarios folios 113 al 118)
4. Liquidación final de prestaciones sociales (Archivo 08. PRUEBAS DE FOLIO 533 AL FOLIO 621.PDF CD fl 637 C2 - folios 145 al 146).
- 5."Estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana" emitido por Juan Carlos Echeverry Garzón y Luis Alberto Zuleta Jaramillo en septiembre de 2007. (Archivo 89556 C3 PDF - folios 197 al 510, Salarios personal mar folios 424 al 434)
6. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1979. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3- Folios 325 y 326).
- 7.Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1980. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf - CD fl 514 C3 - Folios 323 y 324).
8. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1981. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. - CD fl 514 C3-Folios 320 al 322)
9. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1982. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3-Folios 318 y 319).

10. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1983. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3- Folios 285 y 312).

11. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1984. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. - CD fl 514 C3- Folios 255 y 284).

12. Planilla de liquidación de prima extralegal de servicios, y los factores salariales devengados en el primer y segundo semestre del año 1985. (Archivo pdf José Fernando Díaz pdf. -CD fl 514 C3-Folios 250-251 y254).

Asegura que el error que comete el operador judicial de segunda instancia radica, esencialmente, *«en la contabilización de los salarios devengados en la Flota Mercante Grancolombiana durante el tiempo ya reseñado para que hagan parte de la historia de semanas»*.

Dice que conforme al artículo 127 del CST, es salario todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio y se refiere, de manera general, a los criterios imperantes para determinar si un pago tiene o no esa connotación.

Transcribe un aparte de la decisión de segundo grado, y afirma que de los textos convencionales allegados se desprende el carácter salarial del *«salario básico»*, *«prima de antigüedad»*, *«alimentación y alojamiento»*, *«horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos, así como el recargo nocturno y trabajo suplementario y ayuda operacional»*, *«los viáticos»*, y *«las primas extralegales»*. Luego de relatar en que convención colectiva se determinó cada uno de los referidos conceptos como salario y las modificaciones que han tenido, aduce que los mismos han servido como base para liquidar

primas y vacaciones, por lo que deben ser considerados para la liquidación del «*ingreso base de liquidación*».

Asegura que es evidente el «*craso error jurídico del Tribunal*» al omitir la lectura de la prueba que de forma evidente señala que, entre las partes existe convención colectiva incorporada al contrato de trabajo y tal acuerdo establece que los referidos factores son constitutivos de salario. Arguye que «*en resumidas cuentas*», no se ve razón por la cual el *ad quem* descarte el carácter salarial de la prima de antigüedad, los viáticos, el apoyo operacional y la alimentación y de forma ligera acoge un criterio desfasado y superfluo, dejando de lado los demás que se han hecho alusión.

Critica que el colegiado hubiera afirmado que con la documental aportada no había claridad sobre los conceptos que constituían salario para el demandante y se pregunta si es el trabajador el que tiene la carga de la prueba frente a los rubros que revisten carácter salarial, o si, por el contrario, corría a cargo del empleador o quien haga sus veces acreditar «*la exclusión salarial*»; alude a la sentencia CSJ SL 12220-2017 y afirma que es al empresario a quien le compete tal carga probatoria.

Indica que el *ad quem* valoró de manera sesgada y completamente equivocada los comprobantes de pago semestrales correspondientes a los periodos comprendidos entre el primer semestre de 1979 y el segundo de 1985. Pues simplemente se conformó con la relación de sueldos que hizo

el *a quo* y afirmó que no se había acreditado la habitualidad y periodicidad de los emolumentos.

XXII. LA RÉPLICA

Como se indicó en la primera acusación Colpensiones presentó réplica conjunta a todos los cinco cargos y La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público lo hizo en los mismos términos que en el recurso de casación que formuló la Federación Nacional de Cafeteros, por ende, a ellos nos remitimos.

Por su parte la Federación en la oposición a esta segunda acusación expuso que su desarrollo no se ajustó a la técnica del recurso extraordinario, pues no se indicó en qué consistió el error de valoración de las pruebas denunciadas, ni cómo incidió en la producción de los yerros fácticos propuestos.

Asevera que los errores de hecho denunciados no se produjeron porque a los pagos por los conceptos que allí se identifican en ningún momento el juez de alzada les negó o les otorgó la naturaleza de salario, ya que esa definición se la dejó a Colpensiones, con la información que ordenó le fuera enviada por la Fiduprevisora S.A.; agrega que, además, la colegiatura acertó al determinar que el último salario devengado no corresponde al expuesto en la liquidación final de prestaciones sociales, sino al promedio de lo devengado en el último año de servicios.

XXIII. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida del artículo 4 del Decreto 1887 de 1994, en relación con los artículos 13, 21, 127, 128 y 130 del CST, así como los Decretos 3090 de 1979, 2630 de 1983 y 2610 de 1989.

Asegura que el Tribunal incurrió en los siguientes errores evidentes de hecho:

1. No dar por demostrado, estándola, que los factores salario básico, prima de antigüedad, el trabajo efectuado en dominicales, festivos, horas extra diurnas y nocturnas, trabajos de mantenimiento y ayuda operacional, recargo nocturno, viáticos y alimentación y alojamiento, e incidencia de la prima extralegales de servicios dan un valor mensual de USD 631,71, que a la tasa representativa de mercado establecida para el día 9 de diciembre de 1985 de \$168,07, arroja un valor salarial de \$106,171.49, son constitutivas de salario.

2. No dar por demostrado, estándola, que los factores denominados: salario básico, prima de antigüedad, dominicales, festivos, horas extra, trabajos de mantenimiento y ayuda operacional, trabajo nocturno, alimentación y alojamiento, viáticos y la incidencia de la prima extralegales de servicios arrojan un valor de USD 631,71, lo cual hace que el salario a liquidar para los efectos del reconocimiento del cálculo actuarial ascienda al valor de arroja (sic) un (sic) valor (sic) de (sic) \$106,171.49 (TRM 1985 \$168,07).

Expone que tales dislates fácticos son producto de la apreciación errónea de los siguientes elementos de persuasión:

1. Liquidación final de prestaciones sociales y devengado último año del demandante. (Archivo 08. PRUEBAS DE FOLIO 533 AL FOLIO 621.PDF CD fl 637 C2-folios 145 al 146).

2. Laudo Arbitral con vigencia entre 1976 al 1978, el cual decidió el conflicto colectivo surgido entre la UNION DE

MARINOS MERCANTES UNIMAR y la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. (Archivo 08. PRUEBAS DE FOLIO 533 AL FOLIO 621.PDF CD fl 637 C2- folios prueba folios 21 al 108, cláusula de salarios folios 30, 31 y 32)

3. Convención Colectiva con sello de depósito firmada entre la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., y la UNION DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE MARITIMO Y FLUVIAL - UNIMAR -, con vigencia 1985 FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA - UNIMAR, (Archivo 08. PRUEBAS DE FOLIO 533 AL FOLIO 621.PDF CD fl 637 C2- folios 109 al 142, cláusula de salarios folios 113 al 118)

4. "Estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana" emitido por Juan Carlos Echeverry Garzón y Luis Alberto Zuleta Jaramillo en septiembre de 2007. (Archivo 89556 C3 PDF - folios 197 al 510, Salarios personal mar folios 424 al 434).

Puntualiza que esta acusación persigue demostrar que en la sentencia censurada se omitió «*la composición del último salario a efectos de elaborar el cálculo actuarial*», con todos los factores que son constitutivos del mismo.

En la demostración del cargo afirma que el «*error garrafal*» de la colegiatura radicó «*esencialmente, en la determinación de la base salarial para la fijación del cálculo actuarial al tomar un salario que no corresponde al último devengado*».

Recuerda que en la sentencia CSJ SL1515-2018 se precisó que el salario de referencia para tal efecto debe ser el último, según el artículo 4 del Decreto 1887 de 1994; que igualmente en la decisión CSJ SL1358-2018 se tuvo en cuenta, «*para los efectos de la liquidación del cálculo actuarial, la fecha de nacimiento del actor y los salarios percibidos en ese interregno, más no la tabla de categorías del Instituto de Seguros Sociales*», dado que en varios fallos se ha

establecido que las normas aplicables a estos casos son las vigentes al momento de generarse la obligación pensional.

Señala que igualmente en el salvamento de voto de la decisión CSJSL1042-2019 se indicó que el salario a reportar al sistema de seguridad social debe ser el realmente devengado, y que según el artículo 5 del Decreto Ley 1299 de 1994 el salario de base para liquidar el bono pensional, en tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS, es *«el devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha»*.

Luego de traer a colación el artículo 76 del Decreto 3063 de 1989, colige que es *«claro»* que el empleador tenía la obligación legal de reportar el salario real del trabajador, y en el actual Sistema General de Pensiones tal deber produce plenos efectos jurídicos *«que estriban en la incidencia de dicho salario y la responsabilidad vigente para el caso de las omisiones del empleador»*.

Refiere que, revisada la liquidación final y lo devengado por el demandante en el último año de servicios, teniendo en cuenta los factores salariales, si se hace la operación aritmética, el último sueldo corresponde a US631,71 dólares, cuya tasa representativa de mercado para el día 9 de diciembre de 1985 era de \$168,07, lo que arroja un valor equivalente a \$106.171,49 ; que, por ello, ese es el monto que se debe tomar para liquidar el cálculo actuarial, el cual

resulta ostensiblemente superior a la suma de «US7.580,56» determinada por el *a quo*; agrega que «se puede evidenciar que el error fue reputar la referencia de salario de \$106.171.49. Tener en cuenta esta suma, constituiría un desmedro al ingreso diferido del trabajador».

XXIV. LA RÉPLICA

Se reitera lo dicho en el ataque anterior, respecto a que Colpensiones presentó réplica conjunta a todos los cinco cargos y La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público lo hizo en los mismos términos que en el recurso de casación que formuló la Federación Nacional de Cafeteros, por ende, a ellos se remite la Sala.

La Federación Nacional de Cafeteros, de cara al tercer ataque, adujo que la discrepancia que se vislumbraría en la argumentación del fallo gravado con la deducción fáctica probatoria que el censor califica como errores manifiestos de hecho, se concreta en que, para este, el Tribunal tenía que haber dado por probada como salario para liquidar el cálculo actuarial, la suma de US631,71 dólares, que según indica equivalía a \$106.171,49.

Asegura que, no obstante, tal discrepancia indiscutiblemente no proviene directamente de una circunstancia fáctica probatoria, ya que, para definirla, hay que acudir previamente a determinar qué debe entenderse como último salario del trabajador, para efectos del cálculo actuarial; y la respuesta a tal argumentación implica un

planteamiento jurídico.

XXV. CONSIDERACIONES

La Sala de entrada advierte que la sustentación de estas dos acusaciones contiene graves deficiencias técnicas que comprometen su prosperidad, las cuales no son factibles de subsanar, en virtud del carácter dispositivo del recurso de casación. Veamos:

1. La censura dirige los ataques segundo y tercero por la senda indirecta, pero incluye reparos de orden jurídico al cuestionar, en el segundo, si legalmente es el trabajador el que tiene la carga de la prueba frente a los factores que revisten carácter salarial, o si, por el contrario, corría a cargo del empleador o quien haga sus veces acreditar «*la exclusión salarial*» y, en el tercero, al señalar que conforme al artículo 4 del Decreto 1887 de 1994 y la jurisprudencia, el salario de referencia para determinar el valor del cálculo actuarial, corresponde al último devengado, sin tener en cuenta las tablas de categorías establecidas por el ISS; que de acuerdo al artículo 76 del Decreto 3063 de 1989, el empleador tenía la obligación de reportar el salario real del trabajador y en el actual sistema de seguridad social, ello implica plenos efectos jurídicos en la incidencia del salario y la responsabilidad vigente para el caso de las omisiones.

Debe recordarse que, cuando se acusa la sentencia por la vía jurídica, se parte de la aceptación de los supuestos fácticos definidos por el Tribunal a partir de los elementos

probatorios del proceso y, por ende, lo que se busca es demostrar un error de tipo jurídico. Asimismo, cuando se acude a la senda indirecta, lo que se pretende demostrar es un error de hecho, esto es, una equivocación del fallador de segundo grado por la errada valoración de los elementos de acreditación o por su falta de apreciación, sin incluir controversias de índole jurídica. Por ende, no es dable plantear una mixtura de las dos vías de acusación en sede extraordinaria, toda vez que son excluyentes.

2. La censura arguye en el segundo cargo que el error en que incurre el juez plural radica esencialmente *«en la contabilización de los salarios devengados en la Flota Mercante Grancolombiana durante el tiempo ya reseñado para que hagan parte de la historia de semanas»*; así mismo en el tercer ataque asegura que el *«error garrafal»* de la colegiatura radicó *«esencialmente, en la determinación de la base salarial para la fijación del cálculo actuarial al tomar un salario que no corresponde al último devengado»*.

Las referidas argumentaciones lucen totalmente desenfocadas, habida consideración que el juez de segundo grado no se refirió a los salarios que devengó el actor en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., ni determinó la base salarial que debía tenerse en cuenta para el cálculo actuarial; por el contrario, dijo que era Colpensiones la llamada a elaborarlo por el periodo entre el 8 de mayo de 1979 y el 9 de diciembre de 1985, conforme lo previsto en el Decreto 1887 de 1994. En tal sentido, le ordenó a la Fiduprevisora S.A. que en el término de 30 días, contados a partir de la ejecutoria de

la sentencia, remitiera la información, toda vez que la custodia se encontraba a su cargo, de conformidad con lo establecido en el otrosí n.º 1 del contrato de fiducia mercantil (f.º 247 a 486 vto.); también precisó que se debía descontar los días en los que el accionante disfrutó de licencia no remunerada, así como aquellos en que se presentó sanción de suspensión, que correspondía a 230 días (f.º 556).

En cuanto al salario a tener en cuenta para la liquidación del referido cálculo actuarial, el *ad quem* explicó que el *a quo* se había equivocado al establecer que era US7580,56, por ser el devengado en el último año de servicios, conforme a la liquidación de cesantías (f.º 620), «*ya que no era lo mismo que el último salario percibido*», en consecuencia, revocó la decisión de primera instancia en ese punto, y ordenó a Fiduprevisora S.A., que en el mismo término antes aludido, le informara a Colpensiones los salarios devengados mes a mes por el demandante y los factores que lo constituían.

En consecuencia, era estas consideraciones y no otras las que en estrictez debió atacar el censor, pues al no hacerlo o controvertirlas de manera parcial, la sentencia confutada se mantiene incólume, amparada por la doble presunción de legalidad y acierto que la protege.

3.- El recurrente denunció como pruebas valoradas equivocadamente en los ataques: el contrato de trabajo; el laudo arbitral con vigencia 1976 - 1978; la convención colectiva de trabajo del año 1985 suscrita entre la entidad

empleadora y Unimar; la liquidación final de prestaciones sociales; el estudio de viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana, emitido por Juan Carlos Echeverry Garzón y Luis Alberto Zuleta Jaramillo en septiembre de 2007; y las planillas de liquidación de la prima extralegal de servicios correspondientes al primer y segundo semestre de los años 1979 a 1985.

Sin embargo, en las dos acusaciones omitió indicarle a la Sala en qué consistió el yerro de valoración concretamente y cuál fue la incidencia en la sentencia censurada, ya que simplemente en el segundo cargo refirió que el *ad quem* había valorado de manera sesgada y completamente equivocada los comprobantes de pago semestrales correspondientes a los periodos comprendidos entre el primer semestre de 1979 y el segundo de 1985 y que se conformó con la relación de sueldos que hizo el *a quo*, afirmando que no se había acreditado la habitualidad y periodicidad de los emolumentos.

Argumentos que no corresponden a la verdad procesal, en la medida que la colegiatura no se refirió a los citados comprobantes de pago semestrales y menos afirmó que no se había probado la «*habitualidad y periodicidad de los emolumentos*», es más, en la decisión nunca se refirió a ninguna de las pruebas denunciadas, de suerte que no las pudo valorar con error ni de manera sesgada.

Por todo lo expuesto, no queda otro camino que rechazar estos dos cargos.

Sin costas en casación, por cuanto, como antes se expresó, los ataques primero y cuarto salieron triunfantes.

XXVI. SENTENCIA DE INSTANCIA

El *a quo* para fundar su decisión condenatoria, conforme aparece en la parte resolutive transcrita en los antecedentes de esta decisión y frente a los temas que fueron objeto de análisis en la esfera casacional, aseveró que se había probado que el demandante se vinculó con la Flota Mercante durante el período comprendido entre el 8 de mayo de 1979 y el 9 de diciembre de 1985 como marinero; que registraba 230 días de licencias y suspensiones (f.º556) y un último salario de US7580,56 (f.º1220).

Para resolver lo referente al cálculo actuarial, con fundamento en el auto CC A068-2014 y las sentencias CSJ SL, 16 jul. 2014, rad.41745 y CSJ SL, 1 jul. 2015, rad.59027, coligió que el empleador debía responder ante Colpensiones por el valor de los aportes que en su momento no pudo pagar al ISS, debido a la falta de cobertura del régimen de pensiones en el lugar de prestación de los servicios.

Puntualizó que el cálculo actuarial objeto de condena incluía la totalidad del aporte, en el entendido de que, por imperativo legal, el empleador asume el pago del mismo, aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento por la

falta del llamado del ISS a afiliar a sus trabajadores, *«cálculo que además involucra los intereses moratorios pertinentes que retribuyen y compensan al acreedor»*, además de resarcir la pérdida del poder adquisitivo del dinero, *«y que por lo mismo, comprende la indemnización de los perjuicios que solicita el actor en la demanda»*.

Así mismo, explicó que la condena a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, se imponía en virtud de la sentencia «SU1023» de la Corte Constitucional.

El juez de primer grado, frente al derecho a la pensión de vejez, argumentó que solo con el pago efectivo del cálculo actuarial podía accederse a su reconocimiento, por ende, correspondía, oficiosamente, *«declarar probada la excepción de petición antes de tiempo, pues se insiste, para la definición de la prestación corresponde acreditar el pago del cálculo actuarial en virtud de una decisión judicial ejecutoriada»*.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte obligada, toda vez que el capital para la construcción de la pensión no prescribe.

La anterior determinación fue apelada por el demandante, quien afirma que sí es procedente la pensión de vejez deprecada, toda vez al sumar el tiempo laborado para la Flota Mercante y reconocido por el Juzgado, entre el 8 de mayo 1979 y el 9 diciembre de 1985, cumple todos los requisitos que establece la Ley 797 del 2003.

De otra parte, asegura que no comparte que se haya absuelto a La Nación - Ministerio de Hacienda, dado que, «*como está hoy en día la situación jurídica, encuentra uno que se conformó un nuevo Fondo Nacional del Café aprobado por el Congreso de la República*», lo que supone que seguramente se acabará el actual y con ello «*no existiría ya a quién demandar*».

Consecuente con lo anterior, pidió que se mantenga al citado ente Ministerial «*hasta tanto no se profiera la sentencia definitiva en este fallo*» y se conceda a la pensión de vejez a partir del 15 abril del 2018, con intereses moratorios.

Por su parte, la Fiduciaria La Previsora S.A. en su apelación adujo que no podía ser condenada, ya que era una entidad financiera que actuaba como administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, en virtud de un contrato de fiducia mercantil que se suscribió única y exclusivamente para terminar el proceso de liquidación de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Agregó que la responsabilidad sobre el pago del cálculo actuarial debía ser asumida por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia «*a través*» del Fondo Nacional del Café.

Finalmente, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, argumentó en el recurso de alzada que la sentencia CC SU1023-2001 se encuentra dirigida a un grupo población dentro del cual no está incluido el accionante, ya

que hace mención a los pensionados de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante; que además la «*situación de infortunio*» de la misma nada tiene que ver con las actuaciones de la Federación, por ende, no hay lugar a dar aplicación a la figura jurídica de responsabilidad subsidiaria.

Pidió que para resolver se tuviera en cuenta el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación 1307 del 15 de febrero del 2001, el cual resulta ilustrativo a la hora de atribuir responsabilidades, ya que allí se dejó establecido que no es esa entidad, como Administradora del Fondo Nacional del Café, la llamada a responder por las deudas pensionales de la extinta Compañía de Inversiones de La Flota Mercante.

En este orden de ideas, la Sala asumirá el estudio de los recursos de apelación en los temas que prosperaron en la esfera extraordinaria, esto es, que el cálculo actuarial debe ser asumido en su totalidad por el empleador y que se contaba con los salarios devengados por el accionante mes a mes durante el tiempo laborado para la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., del 8 de mayo 1979 al 9 diciembre de 1985, para efectos de acceder a la pensión de vejez.

Pues bien, para confirmar la decisión de primer grado, en cuanto dispuso el pago del cálculo actuarial de manera íntegra a cargo del empleador demandado, son suficientes los argumentos esgrimidos en sede casacional a los cuales se remite la Sala.

Respecto de los requisitos para obtener la pensión, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establece:

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

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

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

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

Así, se tiene que José Fernando Díaz Lasso cumplió 62 años de edad el 15 de abril de 2018, toda vez que, nació el mismo día y mes del año 1956 (f.º 548).

En cuanto a la densidad de aportes exigida, en el reporte de semanas cotizadas actualizado al 6 de septiembre de 2017, allegado por Colpensiones, se informa que entre el 5 de marzo de 1991 y el 30 de junio de 2017, el actor cotizó de forma interrumpida un total de 1124,41 semanas (f.º 672 a 677).

Como quiera que el cálculo actuarial que se ordena sufragar por el lapso del 8 de mayo 1979 al 9 diciembre de 1985, corresponde a 344 semanas, de las cuales se debe descontar por licencias no remuneradas o suspensiones 32,86 semanas, conforme a la certificación expedida por Fiduprevisora S.A. (f.º 556), arroja un subtotal de 311,14

semanas, las cuales son las que finalmente se deben sumar a los aportes que no eran objeto de discusión (1124,41 semanas), y en tales condiciones se obtiene un total de 1435,55 semanas, como se ilustra a continuación:

DESDE	HASTA	Nº DIAS	Nº SEMANAS
8/05/1979	9/12/1985	2.408,00	344,00

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO	Nº DÍAS	Nº SEMANAS
	230	32,86

TOTAL SEMANAS RESTANDO LA SUSPENSIÓN	Nº SEMANAS
	311,14

En conclusión, si a las 1124,41 semanas que aparecen en la historia laboral se adicionan las 311,14 que resultan del cálculo actuarial, arroja un total de **1435,55**.

De lo precedente puede colegirse que el demandante consolidó la pensión de vejez reclamada cuando arribó a la edad de 62 años, esto es, el 15 de abril de 2018, habida consideración que para entonces ya tenía la densidad el total de cotizaciones referidas.

Ahora, como el reconocimiento del derecho pensional está supeditado al pago del cálculo actuarial, el cual debe trasladarse a satisfacción de la administradora de pensiones (CSJ SL4334-2019, CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020 y CSJ SL2879-2020), este no se liquidará en concreto, sino que se fijarán los parámetros que Colpensiones debe tener en cuenta para su

liquidación, así:

Para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se debe hacer una comparación entre el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó en los últimos 10 años anteriores a la causación de la pensión y el de toda la vida laboral, para efectos de determinar cuál le resulta más favorable, habida consideración que el trabajador cotizó más de 1250 semanas.

Para hallar la tasa de reemplazo se debe aplicar la formula prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Como se indicó, el derecho a la pensión de vejez se causó el 15 de abril de 2018, calenda en que cumplió los requisitos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por tanto, según lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, el actor tiene derecho a recibir 13 mesadas anuales, sin que opere la excepción contenida en el parágrafo sexto transitorio del artículo primero de dicha norma, como quiera que la prestación se consolidó después del 31 de julio de 2011.

Para efectos de la prescripción de mesadas pensionales, se recuerda que el derecho pensional se causó cuando el demandante cumplió la edad de 62 años, el 15 de abril de 2018, la reclamación administrativa se presentó el 4 de abril de 2017 (f.º635 y vto); y como la demanda inaugural se instauró el 26 de mayo de igual anualidad (f.º1), no

transcurrió el termino trienal de que tratan los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST. En consecuencia, el demandante tiene derecho a percibir las mesadas correspondientes a la pensión de vejez, desde el citado 15 de abril de 2018.

Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios que reclama el promotor del proceso con fundamento en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cumple decir que para cuando se presentó la solicitud de reconocimiento pensional ante Colpensiones, el 4 de abril de 2017, no había reunido los requisitos mínimos de edad y densidad de semanas cotizadas, pues la primera solo la satisfizo el 15 de abril de 2018 y la densidad de aportes requeridos únicamente se completó con la aplicación jurisprudencial y la consecencial orden de pago del cálculo actuarial dada en este proceso, por ende, mal podría afirmarse que la entidad se encontraba en mora en su reconocimiento.

Sobre el tema esta corporación en sentencia CSJ SL2772-2021, adoctrinó:

Adicionalmente, la Sala ha referido que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio, pues proceden a fin de aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la tardanza del deudor en el cumplimiento de las obligaciones, con independencia de las razones que se aduzcan en sede administrativa.

Sin embargo, esta no es una regla absoluta, en tanto la Corte ha reconocido supuestos en los cuales no cabe una condena por tal concepto, porque la negativa se encuentra plenamente justificada (CSJ SL704-2013). El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y, el segundo, cuando la actuación de la administradora estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la

reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (CSJ SL787-2013). (Subraya fuera del texto).

En el *sub lite*, como acaba de verse, la actuación de la administradora tenía plena justificación, pues, de una parte, cuando el actor deprecó el derecho pensional ante ella, no había cumplido la edad mínima exigida y si bien esta se satisfizo el 15 de abril de 2018, la densidad de las cotizaciones no era suficiente para el reconocimiento del derecho, solo en virtud de un cambio jurisprudencial sobre la obligación de cubrir dicho cálculo actuarial y la orden impartida en este juicio sobre su cancelación, pueden darse por satisfechas las semanas requeridas, por manera que no hay lugar a los intereses de mora pretendidos.

Ahora, la Sala ordenará la indexación de las sumas adeudadas desde la exigibilidad de cada una de las mesadas hasta que se realice el pago efectivo, dado que es necesario compensar el efecto inflacionario que sufre el valor de las obligaciones adeudadas con el simple transcurrir del tiempo. Para ello deberá tenerse en cuenta la aplicación de la siguiente fórmula: $VA = VH \times (IPCF/IPCI)$, en la cual el IPC inicial corresponde al vigente para cuando debió sufragarse cada mesada, y el IPC final al existente para el momento en que efectivamente se cancele lo adeudado.

Así las cosas, acorde a lo expuesto, se adicionará la sentencia dictada el 5 de septiembre de 2019, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, para impartir condena por la pensión de vejez.

Del mismo modo, se confirmará en lo demás el fallo del *a quo*, con las modificaciones introducidas por el Tribunal y que no fueron objeto de casación, excepto en cuanto consideró que el cálculo actuarial a cargo de la Fiduprevisora S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y subsidiariamente a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, se debe pagar sobre el porcentaje de cotización que corresponde, como quedó definido, el 100% a cargo del empleador, aspecto frente al cual se mantiene la decisión de primer grado.

Sin costas en la segunda instancia. Las de primer grado como las determinó el juzgado.

XXVII. 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, **CASA** la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2019 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JOSÉ FERNANDO DÍAZ LASSO** contra la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** como administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, **AESORES EN DERECHO SAS** en su condición de mandataria con representación de **PANFLOTA** de la **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE**

S.A., la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** administradora del patrimonio autónomo **PANFLOTA** y **LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, solo en cuanto consideró que no contaba con la prueba sobre los salarios devengados por el actor mes a mes del lapso comprendido entre el de mayo de 1979 y el 9 de diciembre de 1985, para efectos de condenar a la pensión de vejez y modificó el fallo de primer grado, en el sentido de determinar que el cálculo actuarial se debe pagar únicamente sobre el porcentaje de cotización que corresponde al empleador. **NO LA CASA** en lo demás.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia dictada el 5 de septiembre de 2019, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la Administradora de Pensiones – Colpensiones, para que una vez obtenga el pago del cálculo actuarial aquí ordenado, le reconozca la pensión de vejez al actor a partir del 15 de abril de 2018.

Para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, debe hacer una comparación con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el demandante en los últimos 10 años anteriores a la causación de la pensión y el de toda la vida

laboral, con el fin de determinar cuál le resulta más favorable, habida consideración que el trabajador aportó más de 1250 semanas.

Para hallar la tasa de remplazo aplicará la fórmula prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. Igualmente sufragará 13 mensualidades anuales, con los incrementos de ley a que haya lugar. Las mesadas adeudadas deberán sufragarse debidamente indexadas, conforme a lo previsto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo del *a quo*, con las modificaciones introducidas por el Tribunal y que no fueron objeto de casación, excepto en cuanto la alzada determinó que el cálculo actuarial a cargo de la Fiduprevisora S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y subsidiariamente a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, se debe pagar sobre el porcentaje de cotización que corresponde al empleador únicamente, aspecto frente al cual se **MANTIENE** la decisión de primer grado que condenó a su pago en un 100% a cargo de dicho empleador.

TERCERO: COSTAS como quedó dicho en la parte motiva.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN