



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL141-2023

Radicación n.º 89490

Acta 003

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

Decide la Sala los recursos de casación interpuestos por **NIXON ROGER PÉREZ ESCOLAR** y por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 18 de octubre de 2019, en el proceso que instauró el primero en contra de la segunda y de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA SA (FIDUPREVISORA)**, **ASESORES EN DERECHO SAS**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** y **LA NACIÓN, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

I. ANTECEDENTES

Nixon Roger Pérez Escolar demandó a Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo Panflota de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA; a Colpensiones; a la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café; a la Fiduciaria La Previsora SA, Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de que se declarara que causó el derecho a la pensión de vejez.

En consecuencia, pidió que se condenara a Asesores en Derecho SAS a expedirle el bono pensional o el cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA; a Fiduprevisora SA, a pagar a Colpensiones ese bono o cálculo y a que ella tenga en cuenta el tiempo trabajado en la naviera y a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, junto con los incrementos legales anuales; además, requirió el pago de los perjuicios morales y materiales causados por el incumplimiento, junto con los intereses moratorios.

En subsidio, solicitó que se declarara la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia o de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y que se condenara a una o a otra de estas entidades a pagarle a Colpensiones el título pensional o el cálculo actuarial expedido a su nombre y por el tiempo que laboró para la misma empresa ya mencionada.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que mediante el Decreto 2078 de 1940 se creó el Fondo Nacional del Café y se autorizó suscribir un contrato entre el Gobierno y la Federación Nacional de Cafeteros para manejar esa cuenta; en 1944 la Federación organizó una marina mercante en la que suscribió 9.000.000 dólares americanos en acciones, con dineros del Fondo Nacional del Café, los cuales tenían carácter parafiscal. En el mismo año se fundó la Flota Mercante Grancolombiana SA con participación accionaria de un 45 % de la Federación Nacional de Cafeteros y otros; en 1954 las acciones pasaron a ser de esta en un 80,07 %; dicha empresa fue fundada con capital público que pertenecía al Fondo Nacional del Café, cuyo titular era el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sus recursos eran administrados por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, con base en el contrato que suscribió con el Gobierno Nacional el 12 de julio de 2006.

Mencionó que la Flota tenía la obligación de pagar las pensiones de jubilación y efectuar los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar los aportes al sistema de seguridad social, pero nunca se subrogó ni sustituyó este deber y cambió su nombre al de Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA.

Agregó que los trabajadores de mar de la empresa fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales, en adelante ISS, el 2 de agosto de 1990; el 17 de diciembre 1999 se aprobó cubrir el déficit del Fondo Nacional del Café con las utilidades retenidas de la Flota Mercante Grancolombiana SA

y, con posterioridad, se estableció que la Nación respondería por las prestaciones insolutas de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, hasta el 28 de agosto de 2012, fecha en la cual se liquidó esta sociedad, y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como matriz y controlante de la anterior, y conforme a la sentencia CC SU1023-2001, suministraría los recursos para el pago de las pensiones y los bonos.

Durante el proceso liquidatorio de la Flota, la Superintendencia de Sociedades ordenó a la Previsora SA, como vocera y administradora del patrimonio autónomo Panflota, que atendiera los asuntos relacionados con extrabajadores, mandato que continuó en la persona jurídica Asesores en Derecho SAS.

Adujo que los extrabajadores de la Flota Mercante Grancolombiana SA y el sindicato Unimar han instaurado acciones de tutela para que los primeros fueran incluidos en el cálculo actuarial, derecho que fue amparado, por lo que se les ordenó que acudieran a la jurisdicción ordinaria dentro de los cuatro meses siguientes, para su reconocimiento.

Comentó que, al momento de la radicación de la demanda tenía 62 años de edad y que laboró para la Flota Mercante Grancolombiana SA, luego, extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, mediante contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 26 de junio de 1985 y el 5 de febrero de 1992, es decir, 2412 días que

equivalen a 344,57 semanas de cotización, sin embargo, la empleadora nunca pagó los aportes pensionales.

Narró que mediante laudo arbitral del 16 de junio de 1977 se determinó que las pensiones de jubilación estaban a cargo de la empleadora, asimismo, que en la convención colectiva de trabajo 1988-1991, vigente al momento de su retiro, se determinó que todas las normas convencionales, arbitrales, o de actas, pactos o acuerdos previos, conservarían su aplicabilidad.

Indicó que su último cargo fue como «*INGENIERO ELECTRICISTA B*» a bordo de los buques, su salario promedio era de «*US 1.871.23 dólares americanos*».

Que posteriormente se afilió al ISS y cuenta con 1184 semanas, sin las correspondientes al tiempo laborado en la Flota, que solicitó la pensión de vejez a Colpensiones, pero no obtuvo respuesta.

Por último, contó que el 1 de junio de 2017 presentó reclamación administrativa ante todas las demandadas.

Al responder a la demanda, todas las accionadas se opusieron a las pretensiones planteadas.

Colpensiones adujo que ninguno de los hechos le constaban. Planteó las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, frente a lo fáctico precisó que la providencia CC SU1023- 2001 presumió transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, por administrar los recursos del Fondo Nacional del Café, en tanto la justicia ordinaria decidiera con carácter definitivo. Respecto a los demás adujo que no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones que denominó indebida vinculación del Ministerio de Hacienda, *«inexistencia de obligación alguna [...] por las pretensiones de la demanda»* y *«falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva»*.

Asesores en Derecho SAS aceptó que se declarara que el actor fue trabajador de la Flota. En cuanto a los hechos, admitió que esta última no efectuó una conmutación pensional, que la Federación Nacional de Cafeteros administra el Fondo Nacional del Café, la edad del demandante, el tiempo laborado y su último cargo. Negó que la Flota tuviera la obligación de pagar las pensiones de jubilación y efectuar provisionamientos para aportar al sistema de seguridad social, pues siempre se reconocieron y pagaron las prestaciones patronales; aclaró que la conmutación pensional es un proceso obligatorio para empresas que no hayan constituido patrimonios autónomos y que el ISS debía hacer el llamamiento de los empleadores que, por circunstancias especiales, no hubieran asumido los riesgos de invalidez, vejez y muerte, IVM, como en el caso concreto.

Aseguró que Panflota no debe reconocer el cálculo actuarial porque no representa a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, pues son entes autónomos, no acepta lo relativo a las semanas cotizadas, ni a que fuera beneficiario del régimen de transición. De los demás hechos adujo que no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones que denominó *«Inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el I.S.S. no había asumido los riesgos I.V.M.»*, *«Imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante»*, *«ausencia del presupuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial»*, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y *«Oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante»*.

Fiduprevisora SA en cuanto a los hechos, admitió que la Corte Constitucional ordenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia que suministrara los recursos para el pago de pensiones y, a Colpensiones, que las reconociera y pagara a los extrabajadores, teniendo en cuenta los tiempos laborados, todo lo concerniente al proceso de liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA y el Patrimonio Autónomo Panflota. Respecto a los otros hechos, sostuvo que no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones que nombró: autonomía del contrato de fiducia mercantil (juez laboral no puede variar reglas del contrato), falta de legitimación en la

causa por pasiva, imposibilidad legal y contractual de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de sustitución patronal y de la obligación y prescripción.

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, respecto a los hechos, reconoció el recuento histórico, excepto la parte de las obligaciones pensionales y que la Nación debía responder por las prestaciones insolutas de dicha entidad.

Aclaró que la asamblea general de accionistas de la Flota tomaba decisiones democráticas, no condicionadas por el Comité Nacional de Cafeteros, que tenía utilidades del Fondo Nacional del Café; que el fallo CC SU1023-2001 nada dijo sobre su responsabilidad subsidiaria, pues ello es competencia de los jueces ordinarios; que no se le ordenó el pago del pasivo pensional y que no es quien paga los cálculos actuariales. De los demás, advirtió que no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa y límite patrimonial de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz con relación a su subordinada que entra en insolvencia.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 28 de agosto de 2018, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a ASESORES EN DERECHOS S.A.S. como mandataria de la PREVISORA S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA a expedir en favor de NIXON ROGER PÉREZ ESCOLAR el acto administrativo correspondiente al reconocimiento de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial por el tiempo trabajado y no cotizado en la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en forma principal a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, como administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, y en forma subsidiaria, en caso de que en dicho patrimonio autónomo no obren los dineros suficientes para el cumplimiento de la condena, a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS a efectuar el pago de la suma liquidada por concepto del cálculo actuarial que determine la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por los periodos comprendidos entre el 26 de junio de 1985 y el 28 de agosto de 1990, atendiendo para el efecto el tipo de cambio del dólar americano al peso colombiano vigente a la fecha de causación de cada periodo, y calculado con base en el salario devengado durante el mismo periodo, debidamente certificado por Asesores en Derecho SAS, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERECERO: ABSOLVER a las demandadas ASESORES EN DERECHO S.A.S., la FIDUCIARIA LA PREVISORA y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

QUINTO: ORDENAR a la colpensiones (sic) a liquidar el cálculo Actuarial por el período comprendidos entre el 26 de junio de 1985 y el 28 de agosto de 1990, conforme los parámetros determinados en el Ordinal Segundo de esta providencia, actualizando la historia laboral del demandante.

SEXTO: CONDENAR a la demanda a colpensiones (sic) a reconocer y pagar la pensión al demandante, aplicando los principios de favorabilidad contenidos en la Ley 100 de 1993, conforme la parte motiva de esta providencia.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver los recursos de apelación formulados por ambas partes, mediante sentencia del 18 de octubre de 2019, resolvió:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA debe remitir a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la información donde consten los salarios devengados por el actor durante su vinculación a la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA para que ésta entidad lo liquide teniendo en cuenta que no podrá incluirse como salario el 8.33% de incidencia de primas.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia de primera instancia para definir que COLPENSIONES debe liquidar el cálculo actuarial teniendo en cuenta únicamente el 75%, porcentaje del aporte que se encontraba a cargo del empleador.

TERCERO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena allí impuesta.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

El Tribunal consideró como problema jurídico si era procedente la condena al cálculo actuarial y a cargo de quién se encontraba su pago.

Estableció como hechos no discutidos que el demandante prestó sus servicios a la Flota Mercante entre el 26 de junio de 1985 y el 5 de febrero de 1992 (f.º 539 a 543), y que fue afiliado al ISS a partir del 29 de agosto de 1990.

Explicó que la seguridad social es una obligación a cargo del empleador que posteriormente fue asumida por el ISS, que en el caso de la demandada, el llamado a inscripción fue el 15 de agosto de 1990 de conformidad con la Resolución

00003296 de esa anualidad, por lo que el demandante no estuvo afiliado entre el 10 de junio de 1983 a 28 de agosto de 1990 y que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala el empleador debía asumir el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional.

Bajo ese entendimiento, la Flota Mercante Grancolombiana luego Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, no se liberó de la obligación de sufragar los aportes a pensión del demandante durante el lapso de su vinculación contractual laboral en que no fue afiliado al ISS, pues si bien no tuvo el deber de afiliación ante la falta de cobertura, era de su cuenta la pensión mientras no fuera subrogada, en consecuencia, debía cancelar las cotizaciones a través de un cálculo actuarial, en los términos del artículo 9 literal c) de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; previa elaboración por Colpensiones, conforme lo dispone el Decreto 1887 de 1994, normatividad que en su artículo 4 dispone que constituye salario sin que pueda ser inferior al mínimo legal.

Al analizar el tema de la responsabilidad solidaria de las demandadas dijo que de acuerdo con el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 –vigente cuando se ordenó la liquidación de la compañía– la sociedad controlante, en virtud de la subordinación, respondía subsidiariamente por las obligaciones generadas por la subordinada, por la presunción de que se encontraba en situación concursal por las acciones derivadas de su control, posición que no se desvirtuó, pese a que la apelante allegó un estudio sobre la

viabilidad económica y financiera de la Flota y adjudicó el detrimento a la expedición de mandatos legales que eliminaron la reserva de la carga, decisión que se tomó con anterioridad a su administración.

Añadió que dicha prueba acreditó que algunas de las causas de la liquidación fueron acciones y omisiones de la Federación como: inversiones que no produjeron el resultado esperado, el abandono del transporte marítimo, beneficios que concedieron al Banco Cafetero y negativas a las soluciones de inversiones propuestas en el año 1998, el retardo en la venta de acciones y la ausencia de utilidades, como consecuencia del apoyo económico que brindó a las empresas subsidiarias.

Determinó que, conforme a la sentencia CC SU1023-2001, era viable el uso de los recursos del Fondo Nacional del Café para el pago de las pensiones de la compañía extinta; en relación con ello argumentó que, si bien el artículo 252 del CCo prohíbe las acciones de terceros contra los socios por sus obligaciones en la sociedad anónima, también lo es que el velo corporativo se alza en eventos de defraudación o de abuso del derecho, como lo contemplan los artículos 107 y 148 de la Ley 222 de 1995 y lo puntualiza la sentencia CSJ SL, 22 ag. 2007, rad. 28443.

Aunado a ello, estableció que la naturaleza parafiscal de los recursos del Fondo Nacional del Café no trunca la aspiración pensional del actor, pues los empleadores, o sus representantes, debían reconocer el servicio prestado por el

trabajador, sin importar que no existiera cobertura por parte del ISS.

Indicó que el cálculo actuarial correspondía únicamente al porcentaje del aporte a cargo del empleador y no eximió al demandante del porcentaje que por ley le correspondía, teniendo en cuenta que, desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, el trabajador asumió este deber y porque la entidad no lo afilió, toda vez que no estaba obligada a hacerlo.

Respecto a lo planteado por Fiduprevisora SA, reiteró que, por medio del contrato de fiducia mercantil, se creó el Patrimonio Autónomo Panflota cuyo fin es administrar los recursos para el pago de obligaciones pensionales y cálculos actuariales y, en el evento que dichos dineros se agoten, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia debería proveer las sumas necesarias para que la Fiduciaria cumpla con ese deber.

Por último, frente al derecho pensional reconocido en primera instancia, dijo que solo podía ser estudiado una vez se definiera el número total de las semanas cotizadas, pues aunque se ordenó el pago del cálculo actuarial a cargo de la Fiduciaria La Previsora, con recursos del Patrimonio Autónomo Panflota o a falta de ellos, con los de la Federación Nacional de Cafeteros, lo cierto es que ese tiempo será incluido en la historia laboral del demandante una vez efectuado el pago del referido cálculo, el cual únicamente estará a cargo en el porcentaje que le corresponda al

empleador, luego el restante debe ser aportado por el trabajador.

Por lo anterior, se revocara (sic) en este punto la sentencia apelada advirtiendo que la presente decisión no tiene efecto de cosa juzgada sobre la causación del derecho a una pensión de vejez por parte del demandante, y éste podrá reclamarla ante la entidad una vez se encuentre actualizada su historia laboral y acredite el cumplimiento de los requisitos que las normas definen.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por Nixon Roger Pérez Escolar y por la Federación Nacional de Cafeteros, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolverlos en sucesión inversa a la indicada, con el fin de estudiar en orden lógico los temas que acometen.

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte,

1.- La Corte debe casar la sentencia, gravada y, sede de instancia, revocar la del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en cuanto condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, para, en su lugar, absolver a la Federación, en la precitada condición, de la (sic) pretensiones, y revocar su decisión de declarr (sic) probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, por consiguiente, hacer el pronunciamiento que corresponda frente a esta, con referencia a la responsabilidad subsidiaria regulada en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 y teniendo en cuenta el concepto que emitió la Sala de Servicio Civil del Consejo de Estado el 15 de febrero de 2001 al que alude los hechos “1.25” y “1.26” de la demanda ordinaria con que se inició este proceso.

2.- Como alcance subsidiario, la Corte, deberá casar, parcialmente, la sentencia del Tribunal en cuanto confirma el fallo de primer grado respecto a unos de los términos en que condena a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, o sea, de pago del cálculo actuarial a favor del demandante. En sede de instancia, habrá de modificar esa condena en el sentido que esta deberá pagar, como valor correspondiente a los periodos no cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, una suma equivalente a los aportes, a cargo exclusivo del empleador, que debía hacer a la empleadora al demandante por los lapsos antes aludido, con referencia a las denominadas “tablas y categorías” que regían en esa entidad de seguridad social para los empleadores en dicho periodos, que, para, el caso, era la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y/o compañía de Inversiones de la Flota Grancolombiana S.A.; o en subsidio de esto, siguiendo las pautas contenidas en las sentencias de tutela de la Corte Constitucional T-435 de 2014, T 543 de 2015 T-194 de 2017 y en auto 15 A de 2018 de su Sala Plena.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que son replicados y se resuelven a continuación.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de violar la ley nacional por la vía directa en la modalidad aplicación indebida de los artículos 148 de la Ley 222 de 1995; 373, 822, 1262 y 1263 del Código de Comercio; 2142 y 2186 del Código Civil; 2 y 6 de la Constitución Política; 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo; 3, 38 y 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 9 de la Ley 797 de 2003; 12 del Acuerdo 049 de 1999 aprobado por el Decreto 0758 de la misma anualidad; 60 del Código de Procedimiento Civil; y 72 de la Ley 90 de 1946.

Para la demostración del cargo dice que:

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

[...]

Además, la Corte, al encontrar que el Fondo Nacional del Café no es persona jurídica, y por ello al estar establecido quién es el titular o dueño del mismo y, por ende, de las acciones que se adquirieron de la sociedad Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A recursos provienen de recursos de dicho Fondo, habrá de inferir que es la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público como mandante de la Federación Nacional de Cafetero, a quien encomendó la administración del Fondo, es el que debe asumir la responsabilidad subsidiaria que, inicialmente, en la demanda ordinaria, se le imputa a mandataria.

Tal afirmación la basa en que, la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es quien debe asumir la condena ya que dicho fondo es de carácter parafiscal y le pertenece a ella, por lo que debe ser la llamada a discutir la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995. Como apoyo de su alegación trae a colación la sentencia CC SU1023-2001 y CC C543-2001.

VII. RÉPLICA

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público dice que *«no se opone al fundamento del recurso»* porque de casar la providencia *«sería inviable que se extendieran los efectos de la decisión en perjuicio de sus intereses»*.

Nixon Roger Pérez Escolar señala que lo planteado en este cargo se resolvió de manera clara en las instancias, y se encuentra ajustada a derecho.

Colpensiones, a su turno manifestó que el *ad quem* no erró al proferir la condena de pago del cálculo actuarial con destino a esta administradora, para el reconocimiento pensional.

VIII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero, precisar que, la responsabilidad subsidiaria que se le atribuyó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia por fungir como matriz o controlante de la Flota Mercante y administradora del Fondo Nacional del Café, el cual, es de naturaleza pública, se erigió con fundamento en la presunción legal que trae el artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

Así las cosas, la inconformidad de la censura se concreta en que el Tribunal se equivocó al considerar que la Federación Nacional de Cafeteros estaba llamada a responder subsidiariamente por las condenas impuestas a favor del demandante, sin antes analizar que al ser vinculada procesalmente como administradora del Fondo Nacional del Café, debía analizar quién era su mandante para luego, imponerle a éste la condena, no al mandatario, por tanto, tal obligación debió atribuirse a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como mandante de aquella.

La norma en mención, en esencia, contiene una presunción *iuris tantum*, en la parte final del párrafo, conforme a la cual «*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*».

Bajo ese precepto que le corresponde al recurrente adosar pruebas de las cuales se puedan evidenciar, con nitidez, no sólo los yerros cometidos por el sentenciador al abordar el estudio de las piezas demostrativas, sino también que el estado concordatario de la empresa controlada se produjo por causas diferentes a las actuaciones de la matriz o controlante.

Es decir, es menester al recurrente efectuar un análisis puramente probatorio y encauzar el ataque por la vía de los hechos, denunciando en sede de casación las pruebas que considera erróneamente apreciadas o mal valoradas por el *ad quem*, explicando de qué manera su correcto entendimiento o su simple valoración, en términos del artículo 61 del CPTSS, hubiese destruido la presunción en su contra, variando así la decisión en pro de los intereses de la parte que representa.

El punto relativo a la responsabilidad subsidiaria fue abordado por la Corte Constitucional en la sentencia CC SU-1023-2001, misma que cita el recurrente como estribo de sus pedimentos, y en ella, el alto tribunal deja en claro que la

responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia subsiste mientras la CIFM se encuentre en imposibilidad de asumir los pasivos pensionales de sus ex-trabajadores. Textualmente dijo lo siguiente:

En consecuencia, existe subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, frente a la Federación Nacional de Cafeteros, la cual se traduce, en las condiciones que señalan el artículo 27 y el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en la presunción de responsabilidad subsidiaria de la Federación por las obligaciones de la CIFM. Se reitera, en los términos de la sentencia C-510 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que “no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”.

[...]

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 párrafo 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.

Lo expuesto hasta ahora deja sin piso la acusación formulada por el casacionista por la vía jurídica, pues no incurrió el Tribunal en desacierto al momento de aplicar la presunción de que trata el párrafo del artículo 148 del Código de Comercio, ya que al estar claramente demostrado que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia fue la

empresa matriz, controlante y accionista mayoritaria de la Flota Mercante, era apenas obvio que sus decisiones tuviesen repercusiones en el rumbo empresarial de esta y, a no dudarlo, tales determinaciones provocaron su liquidación.

Adicionalmente, si el cargo fundado en una presunta infracción a la ley sustancial, tiene como propósito demostrar que la responsabilidad subsidiaria se encontraba en cabeza de la Nación y no de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, era obligación del casacionista denunciar la norma legal de la cual manaba semejante deber, pero de las invocadas en la acusación ninguna contiene una preceptiva de tal proporción.

En otras palabras, no se advierte del listado normativo que enuncia el censor en el cargo, una disposición de la cual se pueda, siquiera inferir que, la Nación, debe responder patrimonialmente por las mesadas pensionales de unos trabajadores que pertenecieron a una empresa privada como lo fue la Flota Mercante, o bien que deba, con la misma finalidad, afectar los recursos del Fondo Nacional del Café, cuya naturaleza es parafiscal.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 33 la Ley 100 de 1993, 6 de la Constitución Política,

31 del Código Civil, 72 de Ley 90 de 1946, 1 del Decreto 1887 de 1994.

Esta acusación está relacionada con el subsidiario, por lo que toma como punto de partida que, el Tribunal, como lo expresa, acogió y aplicó la posición, hoy vigente, fijada por esa Sala de Casación Laboral en procesos en los cuales no se le imputa a empleadores, como a la aquí demandada, violación alguna de la normatividad jurídica por no haber cotizado en pensiones para su trabajadores en determinado lapso ya que de acuerdo al ordenamiento vigente para la época en que no los afiliaron al ISS para pensiones, legalmente no era posible ni permitido, pero que, no obstante esa circunstancia, tales empleadores, deben asumir una responsabilidad para que sus ex trabajadores pueden consolidar su derecho a una pensión de vejez,

En mi sentir, la consecuencia justa, y aun lo legal, para casos de no afiliación por omisión legal, al concluirse, como lo sostiene actualmente la Corte y desde el año 2014, que el empleador debe responder contribuir a la financiación de la pensión por el tiempo no cotizado así legalmente no estuviese obligado a hacerlo, sería de darle el mismo tratamiento que se le impone al que lo afilió, pero incurre en mora en el pago de cotizaciones, o sea, que las que debe pagar, bien sea indexadas o con intereses de mora. Esta es la interpretación que se propone como correcta de la norma que aplica el Tribunal para cuantificar la condena que impone a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, y es por ello que se denuncia como concepto de vulneración de la norma legal base esencial del fallo, el de la interpretación errónea, ya que, por lo puntualizado, el juzgador le confiere un alcance que no guarda consonancia con artículo 6º de la Carta, ni con los principios de legalidad y equidad, y la solución que se propone deja a salvo “reglas y principios de la Ley 100 de 1993” en cuanto que todos los empleadores deben contribuir a la financiación del sistema de seguridad social en pensiones.

Ahora, si, la Corte, no comparte los anteriores planteamientos para demostrar el cargo, comedidamente, le solicito tener aquí

como reproducidos, para evitar repeticiones innecesarias con otras palabras, lo puntualizado en las sentencias de tutelas de la Corte Constitucional T435 de 2014, T-543 de 2015 , T-194 de 2017 y el auto 15 A del 2018 de su Sala Plena, y que dan lugar a sostener que, en caso como el presente, el correcto alcance que se le debe dar al artículo 33 de Ley 100 de 1993 en cuanto dispone el traslado, con base en un cálculo actuarial, de suma correspondiente lapso no cotizado, no es, como lo dispone el fallo gravado, al confirmar la de primer grado, y con referencia a la literalidad de esa norma; lo que valga agregar, pasa por alto, lo que dispone una añosa, pero no por ello aún vigente norma legal, como lo es el artículo 31 del Código Civil: “(...) Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. (...)”, norma que no puede catalogarse que se “oponga a las leyes sociales del país”.

X. RÉPLICA

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público dice que *«no se opone al fundamento del recurso»* porque de casar la providencia *«sería inviable que se extendieran los efectos de la decisión en perjuicio de sus intereses»*.

Nixon Roger Pérez Escolar se opone a la prosperidad de este cargo, toda vez que no indica el error del Tribunal.

Colpensiones se opone a la prosperidad del cargo toda vez que las normas que cita fueron aplicadas de manera correcta por el juez de alzada. Ellas señalan las condiciones y consecuencias de la sustitución patronal, las características del sistema general de pensiones, las condiciones que deben cumplir los empleadores con sus trabajadores afiliados al mismo, las cotizaciones al sistema y las sanciones en que se incurre por mora en el pago de las mismas. El fallador de segunda instancia, se afirma, realizó la aplicación de estos preceptos normativos observando que son estas y solo estas, las que corresponde aplicar, por lo que

dicha sentencia se encuentra ajustada a derecho, que así pidió se declare.

XI. CONSIDERACIONES

El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida, por las deficiencias, bien de derecho o de hecho.

Así las cosas, este cargo carece de sentido, toda vez que el *ad quem* acogió la posición señalada por la Federación acá planteada, en consecuencia, no hay ninguna inconformidad de la recurrente.

Por lo anterior, no prospera.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros y a favor de Nixon Roger Pérez Escolar y de Colpensiones. Fijese como agencias en derecho, la suma de diez millones seiscientos mil pesos (\$10.600.000), las cuales liquidará el juzgado de primera instancia conforme al art. 366 del Código General del Proceso.

NIXON ROGER PÉREZ ESCOLAR

XII. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte,

- a. En lo que respecta a la condena al pago del cálculo actuarial para que en sede de instancia se confirme la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, proferida el 29 de agosto de 2018, y el pago sea a cargo exclusivamente del empleador.
- b. En lo referente al reconocimiento de la pensión de vejez, para que en sede de instancia de confirme y modifique la sentencia del juzgado para que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, por cumplir todos los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de vejez, a partir del 4 de abril de 2017.
- c. En lo relacionado con los intereses moratorios, para que en sede de instancia se adicione la decisión proferida en primera instancia y se condene a COLPENSIONES a reconocer a partir del 4 de abril de 2017, los intereses moratorios, conforme a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, que son replicados y se resolverán de manera conjunta los dos últimos por ser conexos.

XIII. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de violar la ley nacional por la vía directa, en la modalidad de infracción directa de los artículos 33 y 36 de la Ley 100 de 1993; 8 y 21 del Decreto 1864 de 1965 (que aprobó el Acuerdo 189 de 1965); 38 del Acuerdo 224 de «1996» aprobado por el Decreto 3061 de 1966; artículo 17 del Decreto 3061 de 1966; 1 al 9 y 12 del Decreto 1887 de 1994; 17 del Decreto 1748 de 1995; y 72 y 76 de la Ley 90 de 1946.

Para la demostración del cargo indica que el *ad quem* se equivocó cuando dijo que con la expedición del Decreto 3041

de 1966, el 75% estaba a cargo del empleador y el restante en cabeza del trabajador, pues el presente caso se trata de afiliación tardía y luego transcribe los artículos acusados, para resaltar que cuando se trata de mora, está a cargo del primero.

Señala que con la expedición de la sentencia CSJ SL9856-2014 la Sala Laboral cambió su criterio de inmunidad total del empleador frente a los casos de no cobertura por parte del ISS; posición que es la vigente al momento de presentar la demanda de casación.

Por lo tanto, el cálculo actuarial debe estar en cabeza de la Federación Nacional del Café en un 100%.

XIV. RÉPLICA

La Federación Nacional de Cafeteros se opone a la prosperidad de este cargo, teniendo en cuenta que en virtud de la ley no le corresponde efectuar la totalidad del aporte, tal y como lo concluyó el *ad quem*.

Sobre este cargo no se formuló una crítica puntual, centrada en la materia propuesta, ni por parte del ministerio opositor.

Colpensiones indica que no debe prosperar este cargo porque no le indica a la Corte qué hacer con la sentencia del Tribunal.

XV. CONSIDERACIONES

Sea lo primero decir que los reproches de técnica formulados por Colpensiones carecen de sustento fáctico, pues el recurrente indica con precisión que solicita la casación de la sentencia en cuanto fue absuelta del pago del cálculo actuarial.

Para responder el presente cargo enderezado por la vía directa, es necesario recordar que el Tribunal modificó la decisión de primer grado en el sentido de que la suma liquidada para efectos del cálculo actuarial, conforme al Decreto 1887 de 1994, debía tener en cuenta la cuota parte que le corresponde a empleador y empleado.

Desde ese punto, el recurrente manifiesta su discrepancia con la sentencia fustigada, alegando que las normas no extienden la obligación de aprovisionamiento a cargo del trabajador, en la fracción que le hubiese tocado aportar, porque la omisión es imputable a la otra parte de la relación laboral.

Sobre el asunto esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, indicando que el empleador tiene a su cargo el cálculo actuarial derivado del tiempo de servicios prestado sin cobertura del ISS, representado en un bono o título pensional, tal y como se adoctrinó en sentencia CSJ SL17300-2014, reiterada en la CSJ SL673-2021, así:

Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma

la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los periodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exégesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer (...); de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el periodo en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos periodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos periodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustrase ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo

a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente (subraya la Sala).

Además, en el fallo CSJ SL2138-2016 se precisó que era irrelevante la circunstancia de que los contratos de trabajo subsistieran o no al momento de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 pues aún antes de ella, los empleadores conservaban las cargas pensionales derivadas de los servicios prestados por sus trabajadores. Se dispuso allí:

[...] 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.

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” contenida en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor

del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014 (subraya la Sala).

De este modo, esta Corporación, en la decisión CSJ SL3892-2016, reconoció el principio de la «*protección integral de la seguridad social al trabajador subordinado*», en cualquier evento en que el empleador deba la atención de riesgos, por las diferentes causas que no diferencia el legislador, ya sea la ausencia de aportes por la falta de cobertura del ISS, por la omisión del empleador responsable, por el pago de las cotizaciones debidas o como sucede en el presente caso, porque se trataba de una empresa que estaba excluida del deber de afiliación y cotización.

En este orden, en la postura actual de esta Sala, el empleador tiene a su cargo el pago de la suma que determine, por concepto de cotizaciones, el cálculo actuarial derivado del tiempo de servicios prestado sin cobertura del ISS.

Lo anterior fue reiterado por esta Sala en sentencia CSJ SL1616-2022, en la que se explicó:

En esa perspectiva desde ya se advierte que no le asiste razón a la parte recurrente puesto que, la Sala de manera pacífica y reiterada ha sostenido que debido a que el cálculo actuarial es un mecanismo complejo que le permite a un trabajador recuperar el tiempo laborado a favor de un empleador que por diferentes circunstancias omitió su afiliación al seguro social y, por tanto conduce a la edificación del capital necesario para el reconocimiento en este caso de la pensión de vejez, no puede ser visto como una «*simple proyección de cotizaciones o aportes de periodos anteriores*» (CSJ SL313-2022) y por tanto su consolidación no puede regularse como si se tratara de tales.

En ese sentido, se tiene que como en el presente asunto no existió afiliación por parte de la entonces empleadora del demandante al seguro social, no se configuró la respectiva subrogación del riesgo

y, por tanto el mismo estaba en un 100 % a cargo del empleador durante el periodo que el trabajador prestó servicios a su favor y no fue afiliado, luego entonces, en igual forma se deberá cancelar el cálculo actuarial, teniendo en cuenta que su finalidad como se dijo en párrafos precedentes es permitirle al trabajador recuperar el tiempo de servicio que prestó al empleador sin estar afiliado. Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia CSJ SL313-2022, en la que se memoró lo dicho por la Corte, en la providencia CSJ SL3867-2021, en la que se sostuvo:

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

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

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

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

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

El cálculo actuarial que debe trasladar el empleador, representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el sistema general de pensiones, proporcional por supuesto al tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía

a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En consecuencia, si el tiempo trabajado fue menor al exigido para que la prestación quedara en su totalidad a cargo del empleador, lo razonable es que transfiera al pagador de la pensión el valor que corresponde en proporción al tiempo trabajado, sin estar obligado el trabajador a realizar aporte alguno para la financiación de la pensión, como no lo está quien es pensionado directamente por el empleador.

Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaban a cargo de los empleadores, fueron entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador, o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba exclusivamente en cabeza del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa del empleado. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dádiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios.

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

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

(..)

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

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base

en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».

Así las cosas, el cargo no prospera, pues se insiste, no puede tratarse el pago del cálculo actuarial como si correspondiera a un simple aporte al sistema de seguridad social cuando en realidad tiene una naturaleza diferente y, por tanto, merece un trato distinto, como quedó visto en párrafos precedentes (Resaltado del texto original).

Plasmando los anteriores planteamientos jurídicos al presente caso, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en error jurídico al ordenar que la liquidación del cálculo actuarial debería tener en cuenta el pago de las cotizaciones a prorrata entre el trabajador y el empleador, teniendo en cuenta el porcentaje de su aporte.

Por tanto, el cargo prospera y se casa la sentencia en este punto.

XVI. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 1 al 9 y 12 del Decreto 1887 de 1994; 33 y 36 de la Ley 100 de 1993; 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; 48 y 53 de la Constitución Política; 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales adoptado en El Salvador en 1988; 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Ley 74 de 1968, que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Para la demostración del cargo afirma que el Tribunal cometió un exabrupto al ni siquiera estudiar el derecho pensional *«teniendo todos los elementos; y deja al garete del mismo demandado COLPENSIONES la toma de una decisión que es de su exclusivo resorte judicial, al tener la potestad de resolver sobre el punto jurídico puesto a su consideración»*.

Además deja de lado, que la entidad pensional sí reconoció, desde la contestación de la demanda, los tiempos trabajados, por lo que vulnera de manera flagrante todos los convenios internacionales acerca de la protección al trabajo y la pensión.

Para concluir, afirma que,

El ad quem analiza el caso del demandante y considera que los tiempos trabajados por el demandante, comprendidos entre el 26 de junio de 1985 al 28 de agosto de 1990, para un total de [...] 1889 DIAS (SIC), para un total de [...] 269.85 semanas de cotización objeto del cálculo actuarial.

Luego procedió a condenar al (sic) FEDERACION (SIC) NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a pagar a favor de COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial, es aceptado por las partes el cómputo de tiempos que prestó y fue plenamente aceptado por COLPENSIONES.

El actor trabajó en otras entidades privadas y cotizo (sic) a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en la cual tiene 1.227,57 semanas, y 62 años de edad, acreditados en el proceso, el a quo reconoció pensión como fue reclamado por la parte actora.

[...]

El Tribunal comete un craso error cuando quiera que jurídicamente tiene todas las herramientas a su disposición para determinar que el actor cumplió los 62 años y 1497,71 semanas de cotización, para otorgarle la pensión de vejez.

XVII. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para la sustentación del cargo se apoya en la sentencia CSJ SL3130-2020 y afirma que los intereses moratorios proceden por la falta de pago de la mesada pensional, sin que interese la conducta de la entidad de seguridad social para que ellos se causen, dado su carácter resarcitorio.

XVIII. RÉPLICA

La Federación Nacional de Cafeteros se opone a la prosperidad de estos cargos, toda vez que la decisión del *ad quem* se encuentra ajustada pues el señor Nixon Roger Pérez Escolar no contaba con las semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez.

Sobre este cargo no se formuló una crítica puntual, centrada en la materia propuesta, ni por parte del ministerio.

Colpensiones igualmente se opone a la prosperidad del cargo pues *«ante la falta de vinculación del demandante al empleador o el encargado de asumir el cálculo actuarial para el reconocimiento de las semanas suficientes para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez»*, ella no debe asumir tal obligación.

XIX. CONSIDERACIONES

Sea lo primero decir que el argumento de Colpensiones resulta errado, pues precisamente el empleador y sus sucesores están vinculados en el proceso.

El Tribunal fundamentó su decisión en que no se podía analizar la pensión de vejez del demandante porque no se sabía con certeza con cuántas semanas contaba, debido a que la responsabilidad del empleador del cálculo actuarial era únicamente del 75% que por ley le fue asignada. Pero como se resolvió en el cargo anterior, es claro que ello no es así y están claras las semanas con las que cuenta el demandante

La Corte tiene adoctrinado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la existencia del contrato de trabajo; en otras palabras, es la actividad efectiva desarrollada en favor de un empleador la que causa o genera el deber de aportar al aludido sistema pensional a nombre del trabajador afiliado dependiente.

Sobre el tema, en sentencia CSJ SL, 28 oct. 2008 rad. 34270, la corporación explicó que *«en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»*; en la decisión CSJ SL8082-2015, se señaló que *«los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio»*, y en la providencia CSJ SL759-2018 se sostuvo que *«la cotización al sistema de pensiones se origina con la*

actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras».

Así las cosas, los derechos pensionales y las cotizaciones al sistema son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado el afiliado y están dirigidos a garantizar al asalariado o a sus beneficiarios un ingreso económico periódico. De allí que, para que pueda hablarse de inclusión de cotizaciones, es necesario que haya pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria (CSJ SL1847-2020).

Es que el demandante nació el 4 de abril de 1955 por lo que para el año 2017 contaba con 62 años y 1497,71 semanas de cotización (f.º 534), teniendo en cuenta el cálculo actuarial.

Por lo anterior, los cargos prosperan, el tercero, que es el referente a los intereses moratorios se analizará en sede de instancia.

Sin costas en casación, dada la prosperidad del recurso.

XX. SENTENCIA DE INSTANCIA

Para decidir en instancia, sirven las mismas consideraciones hechas en sede de casación.

Tal y como se señaló, el juez inicial encontró procedente que se condenara al pago del cálculo actuarial pues en estos lapsos de omisión, los empleadores, a pesar de que no actuaran de manera negligente, debían asumir el riesgo pensional frente a sus trabajadores, por cuanto respecto de ellos se mantenían determinadas obligaciones y responsabilidades de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación y al literal c) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Se debe tener en cuenta lo desarrollado en la providencia CSJ SL3004-2020, la Corte ha manifestado:

[...] ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993. Ver en este sentido, la sentencia CSJ SL4021 de 2019, donde esta Sala asentó:

En el caso de la no afiliación, la Corte sostiene que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. [Énfasis añadido]

Ahora bien, frente al tema de la pensión de vejez no mereció ningún reparo por parte de Nixon Roger Pérez Escolar, por lo que se mantiene incólume en este aspecto.

Frente a los intereses moratorios, razón le asiste al *a quo*, pues Colpensiones, al momento de la solicitud pensional inicial, no tenía conocimiento de la existencia de las semanas acá ordenadas, pues nunca fueron mencionadas para que fueran tenidas en cuenta por ella.

Por tanto, en instancia, se confirmará la sentencia de primer grado en este tema.

Costas en las instancias a cargo de la parte vencida en juicio.

XXI. 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 dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **NIXON ROGER PÉREZ ESCOLAR** contra la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, la **FIDUCIARIA LA PREVISORA SA (FIDUPREVISORA)**, **ASESORES EN DERECHO SAS**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES**, y **LA NACIÓN, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, en cuanto dispuso

que el pago de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine Colpensiones, debía efectuarse teniendo en cuenta la cuota parte que le corresponde al empleador y al trabajador.

En sede de instancia, se **CONFIRMA** en su integridad la sentencia proferida el 28 de agosto de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

Costas como se dijo en la parte motiva.

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

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ