



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3

JORGE PRADA SÁNCHEZ
Magistrado ponente

SL1612-2023
Radicación n.º 96295
Acta 23

Bogotá, D. C., once (11) de julio de dos mil veintitrés (2023).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de julio de 2018, en el proceso que instauró **JESÚS ELÍAS ÁVILA BARRETO** contra **ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, como mandataria con representación de **PANFLOTA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y la entidad recurrente.

I. ANTECEDENTES

Jesús Elías Ávila Barreto demandó a las entidades mencionadas, para que se declarara que fue trabajador de la

Flota Mercante Grancolombiana, luego Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., y se amparara su derecho a la seguridad social. Pidió condenar a Asesores en Derecho S.A.S. a expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado; a la Fiduciaria La Previsora a pagar su monto; y a Porvenir S.A. a tener en cuenta ese tiempo para efectos pensionales, así como a reconocer la prestación resultante o la devolución de saldos. De todas las accionadas, reclamó el pago de los perjuicios morales y materiales, los intereses de mora y las costas del proceso.

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

Como fundamento de sus aspiraciones, hizo un recuento de la creación de la marina mercante, destacando el papel de la Federación Nacional de Cafeteros y de los recursos del Fondo Nacional del Café. Recordó que inicialmente, la Flota Mercante Grancolombiana tuvo a cargo las pensiones de jubilación de sus trabajadores; así mismo, debía aprovisionar los fondos necesarios para financiar el aporte al sistema de seguridad social, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 171 de 1961 y hasta cuando el ISS asumiera dicha obligación pensional.

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

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

Informó que entre el 12 de julio de 1982 y el 6 de abril de 1990, trabajó para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. por 2786 días, para un total de 398 semanas. Dijo que la empresa nunca efectuó los aportes a pensiones y

que actualmente se encuentra afiliado a Porvenir S.A. (fls. 2 a 13).

Fiduprevisora S.A. se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil e inexistencia de la obligación. Afirmó que no le constaba la mayoría de los hechos, en tanto solo se ocupaba de la administración del patrimonio autónomo Panflota. Tras explicar las características del contrato de fiducia mercantil, insistió en que el pago de obligaciones pensionales con cargo a dicho patrimonio, estaba supeditado a la existencia de recursos (fls. 78 a 97 y 523 a 542).

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (AFP) Porvenir S.A., no se opuso, ni se allanó a las pretensiones. Formuló los medios exceptivos de falta de causa en las pretensiones de la demanda, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, ausencia de prueba efectiva de daño e inexistencia de daño alegado. Dijo que los demás hechos no le constaban por estar relacionados con otras personas jurídicas (fls. 106 a 125).

Asesores en Derecho S.A.S. como vocera y administradora del patrimonio autónomo Panflota, no se opuso a las pretensiones dirigidas contra terceros, pero sí a las formuladas en su contra. Excepcionó inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el

cálculo actuarial, prescripción, buena fe, cosa juzgada y *«oposición a la condena en costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante»*.

Admitió 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 a los recursos depositados en el patrimonio autónomo y reiteró que la sociedad liquidada, no dejó activos para satisfacer esas obligaciones y que no debía responder por el cálculo demandado (fls. 174 a 194 y 199 y 200).

La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público también rechazó las pretensiones y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, indebida vinculación del Ministerio y falta de legitimación en la causa por pasiva. En general, dijo que no le constaban los hechos o que se trataba de apreciaciones subjetivas del actor. Negó la responsabilidad subsidiaria en el pago de las obligaciones pensionales, en la medida en que *«tal como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia SU-1023/2001 existe responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café.»* (fls. 219 a 223).

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se resistió a los pedimentos del accionante. Formuló la excepción de ausencia de responsabilidad subsidiaria.

Admitió los antecedentes históricos de la Flota Mercante Grancolombiana y de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., así como la participación del Fondo Nacional del Café, como controlante de aquella; sin embargo, precisó que el Fondo solo tenía la obligación de pagar las pensiones de jubilación de los ex trabajadores en casos específicos.

Adujo que, según el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, la responsabilidad subsidiaria no se presume; dijo que todas las decisiones adoptadas por la Federación *«estaban orientadas a aliviar la situación económica en que estaba incurso la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, generada por hechos externos a la empresa»* (fls. 1 a 46).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 21 de julio de 2017, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá (fl. 659 C.D.), resolvió:

Primero: Ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., elaborar el cálculo actuarial que corresponde al demandante Jesús Elías Ávila Barreto, por el periodo comprendido entre el 12 de julio de 1982 al 6 de abril de 1990, teniendo en cuenta para tal efecto los siguientes salarios: 1984 \$191.282; 1985 \$292.126,6; 1986 \$425.536; 1987 \$475.208,7; 1988 \$608.224,8; 1989 \$896.286,6 y 1990 \$1.006.949,5.

Segundo: Declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, en su calidad de sociedad matriz, respecto de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., en su condición de filial, como se expuso en la parte considerativa de esta providencia.

Tercero: Condenar a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a reconocer al demandante Jesús Elías Ávila Barreto,

el cálculo actuarial que resulte por el periodo del 12 de julio de 1982 al 6 de abril de 1990.

Cuarto: Condenar a la Fiduciaria la Previsora S.A., como administradora y representante del patrimonio autónomo de Panflota, al pago del cálculo actuarial del demandante Jesús Elías Ávila Barreto, todo de acuerdo a lo considerado en esta providencia.

Quinto: Declarar probada la excepción denominada falta de legitimación en la causa, propuesta por la demandada La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Sexto: Absolver a las demandadas Fiduciaria La Previsora SA y Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, de las demás pretensiones.

Séptimo: Absolver a la Sociedad demandada Asesores en Derecho SAS, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Octavo: Condenar en costas, (...) a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y a la Fiduciaria La Previsora S.A.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, Fiduprevisora S.A. y la Federación Nacional de Cafeteros, el Tribunal confirmó la decisión del *a quo*. Sin costas en la alzada.

En lo que interesa al recurso extraordinario, dejó por fuera debate la existencia de un contrato de trabajo entre la Compañía de inversiones de la Flota Mercante y el demandante, entre el 12 de julio de 1982 y el 6 de abril de 1990 (fl. 490).

Estimó que la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, al haber asumido la posición de «*matriz o controlante*» de la Compañía

de Inversiones de la Flota, debía responder por la condena sobre responsabilidad subsidiaria de la obligación pensional.

Precisó que la aplicación de la presunción contemplada en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, no constituía una violación al debido proceso, en la medida en que, era el proceso ordinario el escenario adecuado para que *«se defendiera y presentara las pruebas»*; que como ello no ocurrió, *«se le tendrá por deudor subsidiario de la Flota Mercante Grancolombiana y, por lo tanto, es posible conminarla para el pago de la condena impuesta a dicha sociedad»*. Indicó que ese era el criterio aplicable a partir de la sentencia CC SU1023-2001.

Dijo que tampoco había lugar a modificar la decisión en cuanto a la responsabilidad de la Fiduprevisora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, dado que se trataba de una responsabilidad de origen legal y contractual derivado del contrato de Fiducia Mercantil de Administración, *«sin que proceda la concurrencia en la misma de Asesores en Derecho como mandatario y el Patrimonio Autónomo de Panflota de la Compañía de Inversiones de la flota Mercante o el Ministerio de Hacienda y Crédito Público»*.

Estimó que tampoco había lugar a ordenar la elaboración del cálculo actuarial, toda vez que los aportes a pensión necesariamente debían ser entregados mediante un bono o título pensional *«que se debe liquidar previo al cálculo actuarial que haga el fondo de pensiones al cual está afiliado el demandante»*; que dicho trámite se hacía con el fin de

garantizar que las sumas fueran representativas y ayudaran a financiar en valores actuales y reales la prestación.

Añadió que, como la Flota Mercante incumplió su deber como empleador de efectuar en su oportunidad los aportes al sistema general de pensiones, y tampoco constituyó *«una partida de capital para sufragarlos»*, era la Federación encausada, la obligada a responder por el 100% del cálculo actuarial.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante y la Federación Nacional de Cafeteros. El Tribunal sólo lo concedió en favor de la entidad. Fue admitido por la Corte y se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

En 3 cargos, replicados en tiempo por el demandante, pide casar el fallo impugnado y, en sede de instancia, revocar el del *a quo*; en su lugar, absolverla y *«hacer el pronunciamiento que corresponda frente a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público»*.

En subsidio, reclama su absolución por el cálculo actuarial *«que se liquide por Colpensiones (sic) y correspondiente al periodo no cotizado durante la vinculación laboral del demandante para la flota mercante»*. Como segunda subsidiaria, pide ser condenada a pagar *«el 75% del valor que del bono pensional resulte de liquidar los aportes*

para pensión del demandante no pagados y correspondiente al tiempo laborado por este para la Flota Mercante».

VI. CARGO PRIMERO

Acusa violación directa, por aplicación indebida, del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con los artículos 822, 1262 y 1263 del Código de Comercio; 2142 y 2186 del Civil y 2 y 6 de la Constitución Política, que condujo a aplicar indebidamente el inciso 2 del artículo 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo; 38, 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, 33 de la Ley 100 de 1993; 12 del Acuerdo 049 de 1990; 373 del Código de Comercio; 60 del de procedimiento civil y 72 y 76 de la Ley 90 de 1946.

Cuestiona que, como administradora del Fondo Nacional del Café, se le haya condenado a pagar el cálculo actuarial. Sostiene que, al tratarse simplemente de la administradora del Fondo, queda claro que este último fue accionista de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Por ende, el Tribunal debió verificar quién era el mandante de la Federación y, de estar vinculado al proceso, imponerle la condena, que no dejarla a cargo del mandatario pues, con ello, violó las normas denunciadas.

Asegura que cuando la Corte advierta que el Fondo Nacional del Café no es persona jurídica, será necesario definir quién es el dueño de las acciones; es decir, el verdadero titular de los dineros de los que se nutre el Fondo, que tienen la condición de contribuciones parafiscales.

En ese orden, explica, si actúa como administradora de dicho Fondo, su mandante es el Estado colombiano, por manera que la responsabilidad subsidiaria consagrada y regulada por el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, debe recaer en el mandante, que no en el mandatario. Reproduce apartes de las sentencias CC SU1023-2001 y CC SU840-2003, para sostener que debe ser *«el juez ordinario el que en definitiva establezca a quien corresponde la responsabilidad subsidiaria»* que, insiste, debe ser la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Añade que, de no ser así, se le impondría una obligación a quien no puede asumirla por no contar con personería jurídica.

VII. RÉPLICA

El demandante asegura que desde la sentencia CC SU1023-2001, la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha sido excluido, por manera que es la Federación la llamada a responder por el cálculo actuarial, como administradora del Fondo Nacional del Café. Sostiene que cuenta con personería jurídica, de suerte que es sujeto de derechos y obligaciones.

VIII. CONSIDERACIONES

Para concluir que la llamada a pagar el cálculo actuarial es la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional de Café, en caso de que los recursos depositados en Panflota no resultaren suficientes, el Tribunal estimó que de conformidad con el parágrafo del artículo 148

de la Ley 222 de 1995, la sociedad matriz tiene responsabilidad subsidiaria por las obligaciones de la subordinada, cuando el concurso tenga origen en las decisiones o actuaciones de aquella; con cargo a la misma disposición legal, se presume que la subordinada entró en la situación descrita por causa de las actuaciones de la controlante, a menos que esta última demuestre que fue por motivos diferentes.

Desde esa perspectiva y de cara al panorama fáctico acreditado en el proceso, el juzgador de alzada dedujo que la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, era la matriz o controlante de la entonces Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., a la sazón extinta.

En estricto sentido, la entidad recurrente no se opone a los razonamientos descritos, sino que introduce una variable. Aduce que el Tribunal se equivocó al confirmar la condena en su contra, siendo que se trató de un simple mandatario. Asegura que, si se escudriñara en el marco normativo y contractual que gobierna el funcionamiento y financiación del Fondo Nacional del Café, hallaría que la Nación es la verdadera destinataria de la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

De entrada, la Sala advierte que la acusación parte de una premisa equivocada, consistente en que la condena fue impuesta a la Federación Nacional de Cafeteros en forma pura y simple. Una desprevenida lectura de la sentencia

gravada no deja duda de que las obligaciones objeto del litigio deberán ser provistas por esa entidad, pero con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, cuenta especial que tiene regulación y financiación propia.

En punto a la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, el fallo gravado coincide con la línea trazada por esta Corporación en casos en que se ventilaron situaciones semejantes, que vinculan a dichos entes con los trabajadores de la entonces Flota Mercante Grancolombiana S.A. (CSJ SL4820-2020).

Además, dicho pronunciamiento se emitió al margen del debate que pudiese surgir en torno a la administración del Fondo por parte de la Federación; especialmente, en lo que tiene que ver con el alcance de las obligaciones contenidas en el contrato de administración, el traslado de recursos y la eventual responsabilidad de la Nación de cara a las obligaciones surgidas con ocasión de la actividad comercial del Fondo. Esas aristas no fueron objeto de la sentencia gravada, por manera que el fallador de la alzada no pudo incurrir en los errores que se le endilgan.

Conforme lo expuesto, el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Por vía directa, acusa interpretación errónea de los artículos 72 y 76 de Ley 90 de 1946, 33 la Ley 100 de 1993,

modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, 1 y 4 del Decreto 1887 de 1994, en concordancia con los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo, 6, 29, 230 de la Constitución Política, 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, 27 y 31 del Código Civil.

Expone que no discute el entendimiento que el Tribunal dispensó a los artículos «72 y 72 (sic) de la Ley 90 de 1946», que sustentó en el criterio jurisprudencial que aplicó 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.

Alega que en los términos del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, aunque la pensión de jubilación se hallaba a cargo del empleador, solo se configuraba cuando el asalariado cumpliera 20 años de servicios; mientras tanto, solo se podía hablar de expectativas, sin que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 permitiera fundar la exégesis de un aprovisionamiento. Asevera que el artículo 76 *ibídem*, tampoco admite la interpretación que dio el colegiado de instancia, pues allí se encuentra la obligación de «*aportar las cuotas proporcionales correspondientes*», respecto de los trabajadores que al momento del llamado a afiliación se hallaban laborando para el empleador obligado a afiliarlo.

Reitera que para que fuera viable la condena, era indispensable que cuando se produjo el llamamiento a

inscripción, el afiliado estuviera prestando el servicio al empleador, empero, en este evento, el nexo finalizó antes de que el ISS asumiera el riesgo. Sostiene que, de admitirse un vacío legal, no podía llenarse a través de una excepción de inconstitucionalidad.

Critica que el Tribunal dedujera la *«supuesta obligación de aprovisionamiento»*, con asidero en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946. Sostiene que el correcto entendimiento imponía que ese aprovisionamiento, que es un término que las normas no utilizan, *«estaba y está predicado es con relación a los trabajadores que, al momento de la afiliación, se encuentren al servicio del empleador»*. Dice que si el trabajador prestó sus servicios del 17 de junio de 1978 al 22 de junio de 1985, para esa época no existía el deber de aprovisionamiento para cubrir una posible afiliación a un régimen de seguridad social que *«no estaba pensado o estructurado»*.

Invoca el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y resalta que el cálculo actuarial procede en aquellos eventos de omisión del empleador en la afiliación, y en casos en los que tuvieran a su cargo la prestación.

X. RÉPLICA

Asegura que el Tribunal acertó al colegir que al empleador correspondía cubrir los tiempos en que no hubo cobertura del ISS, para garantizar su derecho a la seguridad social.

XI. CONSIDERACIONES

La censura cuestiona la condena impuesta, por cuanto en su criterio, esa obligación no tiene fundamento en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, ni 260 del estatuto laboral; así mismo, recalca que no hubo omisión del empleador, por manera que en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no era posible disponer el pago del cálculo actuarial.

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 cotizados por falta de cobertura tienen plena incidencia de cara al sistema general de pensiones, en atención a la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social. Ha precisado que los empleadores mantienen su responsabilidad en materia pensional con aquellos trabajadores que les han prestado servicios, y no fueron inscritos en el entonces Instituto de Seguros Sociales por cualquier causa. 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 (...). (Subraya la Sala).

En fallo CSJ SL3823-2022, al resolver un cargo similar al que se analiza, propuesto por la misma recurrente, la Corte reiteró que sí procedía el pago del cálculo actuarial, incluso por periodos en los que no había llamamiento a inscripción por parte del ISS. Además reafirmó que los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, sí servían como sustento de la condena. En los pasajes pertinentes se adoctrinó:

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

XII. CARGO TERCERO

Por la vía directa, acusa interpretación errónea del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, que condujo a la aplicación indebida del artículo 1 del Decreto 1887 de 1994, en concordancia con los artículos 6 de la Constitución Política, 20 y 22 de la Ley 100 de 1993, 32 del Acuerdo 189 de 1965, 21, 38 y 76 del Acuerdo 224 de 1966, 26 del Decreto 1650 de 1977, 2 del Acuerdo 029 de 1985, 79 del Acuerdo 044 de 1989, 13 del Decreto 2665 de 1988, 79 del Acuerdo 044 de 1989, 45 del Acuerdo 049 de 1990, 27 y 31 del Código Civil, 1 del Código Sustantivo del Trabajo, 6, 29 y 230 de la Constitución Política.

Aduce que el Tribunal debió limitar la condena al 75% del aporte, en tanto es el que legalmente corresponde, pues el inciso 1 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no es el llamado a aplicarse, toda vez que, para la época en que Ángel José Orrego laboró para la Flota Mercante, no existía norma jurídica que impusiera la obligación de aportar al sistema.

Considera contradictorio que se invoque el principio de la seguridad social para ordenar que se pague el cálculo actuarial para que el trabajador alcance los requisitos para la pensión de vejez, pero al mismo tiempo omita el principio de la distribución del valor del aporte, para dar alcance a esta norma e imponer su pago exclusivamente al empleador.

Descalifica, entonces, los argumentos del Tribunal que le sirvieron para concluir que, en los casos de no afiliación por falta de cobertura del sistema, el pago total de las cotizaciones se imponga al patrono, toda vez que el trabajador debe contribuir con su porcentaje.

XIII. RÉPLICA

Estima que la decisión gravada se ajustó a la postura actual de la Corte.

XIV. CONSIDERACIONES

Como la Federación Nacional de Cafeteros aduce que solo debe asumir el porcentaje que la ley le impone, y el restante debe solventarlo el trabajador, es suficiente memorar lo adocitrinado en sentencia CSJ SL3867-2021:

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

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

Recientemente, en un caso de iguales connotaciones fácticas y jurídicas, la Corte dio respuesta a los reproches de la censura

mediante sentencia CSJ SL673-2021, reiterada en la CSJ SL2465-2021 y CSJ SL, 14 jul. 2021, rad. 83301, en la que expuso:

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

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

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

[...]

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

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

‘Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan’.

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

‘En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional’.

De lo que viene de exponerse, deviene claro que el Tribunal no incurrió en el error jurídico enrostrado, de suerte que esta acusación tampoco prospera.

Costas a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, y a favor del actor. Como agencias en derecho, se fijan \$10.600.000, que se incluirán en la liquidación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XV. DECISIÓN

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

sentencia dictada el 31 de julio de 2018, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JESÚS ELÍAS ÁVILA BARRETO** contra **ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, como mandataria con representación de **PANFLOTA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**.

Costas, como se dijo.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ