



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 16-2014-00372-03

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.

DEMANDADO: ADRES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **LEIDY VIVIANA CUBILLOS ALARCON**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.439.912 y tarjeta profesional No. 288.199 del C.S de la J como apoderada de la ADRES, para los fines del poder conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), día señalado por auto anterior para proferir esta Decisión, la Magistrada Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a proferir el siguiente:

AUTO

Previo a emitir el pronunciamiento correspondiente sobre el recurso interpuesto, procede a resolver la petición elevada por la parte actora y en la que solicita se decreten pruebas en esta instancia, y en consecuencia, se decrete prueba pericial a fin de efectuar un análisis de todos los recobros y determinar de manera concienzuda por peritos expertos la existencia de los documentos así como la viabilidad de cada una de las glosas.

Al respecto, es necesario señalar que el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, expresamente dispone que las partes no



podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas, ni decretadas en primera instancia y además que sólo podrán practicarse en segunda instancia las pruebas que se hubieren dejado de practicar en la primera instancia, sin culpa de la parte interesada.

Así las cosas, la Sala no considera que se den los presupuestos establecidos en el artículo 83 del Estatuto Procesal Laboral para la procedencia de la práctica de pruebas en esta instancia, toda vez que si bien en la demanda se solicitó se decretara prueba pericial ésta fue negada por el fallador de primera instancia y confirmada por esta Corporación, por lo que dicha decisión se encuentra en firme.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 314 del C. G. del P. esta Sala acepta el desistimiento de las pretensiones presentado por la parte actora, respecto de los recobros visible a folios 1068 a 1080 y se ordena continuar por 5041 recobros.

ALEGATOS

Dentro del término concedido, en auto anterior, se receptionaron los alegatos de la parte demandante y el ADRES.

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandante revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 01 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

La ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. S.O.S. por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, CONSORCIO SAYP 2011 con el fin de que se declare que las demandadas son



responsables de reconocer y cancelar el reembolso de los gastos asumidos por la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. con ocasión de la prestación de servicios médicos excluidos de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud y que fueron ordenados por los Comités Técnicos Científicos y por fallos de tutela. Como consecuencia, se condene a las demandadas a pagar la suma de CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS MCTE (\$4.538'048.372) que obedecen a las 5300 cuentas de recobro radicadas y no pagadas por los demandados, las cuales guardan relación con el cuadro anexo a la demanda. Se condene a las demandadas al pago de intereses moratorios y a las agencias y costas del proceso. (fl. 476).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ha asumido el costo económico de los medicamentos, servicios y tratamientos médicos ordenados a sus afiliados al régimen contributivo de salud, los cuales no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS, lo cual ha hecho en cumplimiento de Actas de Comité Técnico y fallos de tutela los cuales se relacionan en el cuadro anexo; que los medicamentos, servicios y tratamientos médicos referidos fueron garantizados a sus afiliados; que radicó ante el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, 5300 cuentas de recobro las cuales se encuentran relacionadas en el cuadro anexo; que el valor adeudado asciende a la suma de CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS MCTE (\$4.538'048.372); que radicó ante el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 y en el consorcio SAYP 2011 las cuentas aludidas en el cuadro anexo en las fechas relacionadas en la columna I "FEC PRIMER RAD MYT01 02"; que el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 y el consorcio SAYP 2011 aprobaron el pago de algunos de los ítems materia de recobro por 836 de las cuentas referidas en el hecho N° 4 las cuales pueden identificarse en la columna U "ULT ESTADO NOTIFICA 01 02" filtrando por las que aparece "APROBADO" del cuadro anexo; que fueron aprobadas mediante las comunicaciones que



relaciona en el hecho N° 8; que los consorcios le devolvieron 24 de las cuentas referidas en el hecho N° 4 las cuales pueden identificarse en la columna U “ULT ESTADO NOTIFICA 01 02” filtrando por las que aparece “DEVUELTO” del cuadro anexo, las cuales fueron devueltas mediante las comunicaciones relacionadas en el hecho 11; que los consorcios le rechazaron 4440 de las cuentas referidas las cuales pueden identificarse en la columna U “ULT ESTADO NOTIFICA 01 02” filtrando por las que aparece “RECHAZADO” del cuadro anexo, lo cual le fue informado mediante las comunicaciones relacionadas en el hecho 13; que las cuentas materia de demanda fueron glosadas por los consorcios por las causales relacionadas en las columnas AL “NUM GLOSA” y AM “COD GLOSA” del cuadro anexo; que la EPS objetó la glosa de 2996 de las cuentas materia de la demanda a través del formato MYT04 las cuales pueden identificarse filtrando la columna W “ULT NRO PAQUETE 04”; que los consorcios al dar respuesta a las objeciones reiteraron lo expuesto en la primera oportunidad; que con el fin de agotar el requisito de procedibilidad solicitó conciliaciones prejudiciales ante la Procuraduría General de la Nación. (fls. 473 a 476)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, el **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle el 2 y 3; aceptó parcialmente el 1, 6, 7, 12 y 14; negó el 5, 9, 10 y 16 y aceptó los demás. Propuso como excepciones de fondo las que denominó obligatoriedad de las resoluciones emitidas por el entonces Ministerio de la Protección Social para el reconocimiento y pago de las solicitudes de recobro; ausencia de incumplimiento por parte del consorcio FIDUFOSYGA 2005 de las obligaciones legales y reglamentarias que tenía asignadas como administrador del fondo de solidaridad y garantía FOSYGA; inexistencia de obligaciones monetarias a cargo del consorcio FIDUFOSYGA 2005 y a favor de SOS EPS; ausencia de daño, existencia de un mecanismo legal extraordinario para la solución de las controversias generadas, improcedencia de la solicitud de reconocimiento de intereses de mora, inexistencia de las obligaciones



reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva. (fls. 639 a 665)

Por su parte, **la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle el 1, 2, 3, 8, 11 y 13; negó el 5; dijo que el 7 era parcialmente cierto; que el 9 no era un hecho y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación e improcedencia del pago de intereses moratorios. (fls. 676 a 693)

El **CONSORCIO SAYP 2011**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 7, 10, 12 y 16 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva del CONSORCIO SAYP 2011, inexistencia de la obligación indemnizatoria, ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del estado, inexistencia de responsabilidad solidaria del CONSORCIO SAYP 2011, respecto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014, imposibilidad jurídica, inexistencia del daño antijurídico, inexistencia de la obligación por tratarse de recobros glosados en auditoría del consorcio FIDUFOSYGA 2005, el consorcio SAYP 2011 no reemplaza, ni responde solidariamente al consorcio FIDUFOSYGA 2005, ni a la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA hoy UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, prescripción y la innominada. (fls. 712 a 794)

La **ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 7, 10, 12 y 16 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva del CONSORCIO SAYP 2011, inexistencia de la obligación indemnizatoria, ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del estado, inexistencia de responsabilidad solidaria del CONSORCIO SAYP 2011, respecto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014, imposibilidad jurídica, inexistencia del daño antijurídico, inexistencia de la obligación por



tratarse de recobros glosados en auditoria del consorcio FIDUFOSYGA 2005, el consorcio SAYP 2011 no reemplaza, ni responde solidariamente al consorcio FIDUFOSYGA 2005, ni a la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA hoy UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, prescripción y la innominada. (fls. 864 a)

En auto del 14 de diciembre del 2017 el fallador de primera instancia admite el desistimiento parcial de las pretensiones conforme lo solicitado por la E.P.S. demandante y tuvo a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES como sucesora procesal de la NACION – MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL – FOSYGA a partir del 01 de agosto del 2017 conforme lo previsto en el Decreto 546 del 30 de marzo del 2017. (fl. 888 a 889)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES** como sucesora procesal de la del **MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCION SOCIAL**, así mismo a los integrantes del **CONSORCIO SAYP 2011** y del **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005**, de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra en la presente demanda.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de **Inexistencia de la obligación** propuesta por **LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL**, sucedida por la **ADRES**, y por el resultado de la litis se abstiene el Despacho de pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos.

TERCERO: CONDENAR en costas de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de **UN (1) SMLMV** como valor de las agencias en



derecho, en favor de cada una de las demandadas, esto es, la
ADRES, el CONSORCIO SAYP 2011 y el CONSORCIO
FIDUFOSYGA 2005” (fl. 1045)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que con el auto del 14 de diciembre del 2017 el Despacho aceptó el desistimiento de los recobros allegados en medio magnético (fl 881) quedando un total de 5181 recobros por valor de \$3883'499.050; que con el auto de 14 de diciembre se tuvo a la ADRES como sucesora procesal de la Nación – Ministerio de la Protección Social; que se debe acudir a la Ley 100 de 1993, Decreto 4747 del 2007 sobre soportes de las facturas señalando que se deben presentar a las entidades responsables de pago las facturas o soportes de acuerdo con el mecanismo de pago que establezca el Ministerio de la Protección Social; que la entidad responsable del pago no puede exigir soportes adicionales a los exigidos por el Ministerio; que una vez presentadas las facturas con los soportes y los llenos de los requisitos la entidad encargada del pago puede glosarlas parcial o totalmente acorde con el artículo 23 del Decreto 4747 del 2007 caso en el cual deberá pagar el valor no glosado y devolver la factura con sus anexos a la entidad prestadora quien deberá subsanar las falencias encontradas o rechazar la glosa justificando la razón para ello; que se debe anexar a cualquier solicitud de reembolso copia del acta del comité técnico científico o copia del fallo de tutela así como copia de la factura de venta o documento equivalente, por otra parte en los artículos 14 y 15 de la Resolución N° 5395 del 2013 y 10 y 11 de la Resolución 3099 del 2008 se determinan los requisitos específicos dependiendo si se trata de un recobro por servicios no incluidos en el plan obligatorio de salud pero autorizado por comité técnico científico o fallo de tutela pues para tales efectos se debe allegar además cuando se trate de comité técnico científico el formato de solicitud de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud NO POS, CTC enumerada consecutivamente por cada paciente, fecha de elaboración, número de acta, número de identificación del afiliado o paciente, diagnóstico, descripción y código, entre otros y cuando se trate de fallo de tutela deberá allegar la copia del mencionado fallo, copia simple de la factura de venta o documento equivalente que evidencie la entrega de



medicamentos, servicio médico o prestación de salud entre otros. Con fundamento en esta normativa, es decir, las normas que de manera fundamental definirán el caso que se pretende.

Que los recobros objeto de la presente litis presentan glosas de diferente tipología como así lo relacionó en la demanda y en las contestaciones el extremo demandado; que se acreditó que fueron varias glosas con la prueba documental referente al apoyo técnico emitido por el CONSORCIO SAYP 2011 (fl 628) en la cual se relacionan la siguiente tipología de glosa: extemporaneidad, los valores de recobros ya fueron pagados por e FOSYGA, no se adjunta copia del fallo de tutela, no hay evidencia de entrega del medicamento al paciente, el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados a la entidad recobrante, error en cálculo de recobro, el contenido del acta CTC no contiene justificación médica, no se anexa al recobro factura del proveedor o prestador del servicio en el que conste su cancelación, lo recobrado no corresponde a lo facturado por el proveedor. Así la tipología de glosa aplicada a los recobros objeto de la presente, dan cuenta del siguiente tipo de glosa: glosa combinada 1121 radicados; glosa única de extemporaneidad 32 radicados; otras glosas únicas 4.147 radicados; para un total de 5300 radicados.

Y los tipos de glosas están determinados en los siguientes: tenemos en cuanto glosas combinadas que son 2067 glosas para un total de 38.73% tenemos:

- La 101 que es solicitud de recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del decreto 1281 de 2002 (348);
- La 102 que es medicamento o servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o el autorizado por el CTC según el caso (151)
- La 103 los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el FOSYGA (107)
- El 105 no se adjunta copia del fallo de tutela (9)
- 203 no hay evidencia de la entrega de medicamentos NO POS servicio médico de salud NO POS al paciente (1)



- 211 en el contenido del acta del CTC se registra que el suministro de medicamentos servicios médicos o prestación de salud es anterior a la fecha de realización del comité (4)
- 220 cuando la entidad recobrante no acredita el cumplimiento del último reporte al SISNED (289)
- 305 falta plan general de cuotas moderadoras y copagos aplicables a sus afiliados (264)
- 311 el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados a la entidad recobrante para la fecha de prestación del servicio (4)
- 401 existe error en los cálculos del recobro (115)
- 403 como consecuencia del acta del CTC o fallo de tutelas se incluye prestaciones contenidas en los planes de beneficios (34)
- 405 uno o varios ítems incluidos en el recobro presentan alguna causal de rechazo o devolución (15)
- 601 cuando fueren presentadas en forma extemporánea de conformidad con el artículo 20 del Decreto Legislativo 128 de 2010 y de acuerdo con las fechas establecidas en los artículos correspondientes de la presente Resolución (304)
- 602 cuando el medicamento o servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el CTC según el caso (91)
- 603 cuando los valores objeto del recobro ya han sido pagados por el FOSYGA o se encuentran en el plan de beneficios (28)
- 606 cuando al recobro no se aporta el acta del CTC (1) cuando el contenido del acta del CTC no identifica el o los medicamentos del POS que se reemplazan o sustituyen por el autorizado.
- 617 cuando el contenido del acta del CTC se registra que el suministro de medicamentos servicios médicos o la prestación de servicios anterior a la fecha de realización del control (3)
- 623 cuando existe error en los cálculos del recobro (1237)
- 626 cuando uno o varios ítems contenidos en el recobro presenta alguna causal de rechazo o devolución



Existen glosas únicas 4117 remitiéndonos para ello entonces al documento del concepto técnico ya mencionado del FOSYGA el apoyo técnico emitido por el consorcio SAYD 2011.

Con el fin de determinar si las diferentes glosas impuestas a los recobros son fundadas o infundadas se tiene lo siguiente se hace necesario para esos fines o es más bien elemento probatorio fundamental los soportes requeridos para cada uno de los recobros de acuerdo con la tipología de su glosa para el efecto remitiéndonos a las disposiciones de la Resolución 3099 del 2008 artículo 9 y 10 contiene los requisitos generales para la presentación de las solicitudes de recobro y los requisitos especiales de la solicitud de recobros por medicamentos servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS y autorizados por CTC exigencias que se hacen relevantes destacar dado que son las que debe cumplirse y examinarse para la presentación de un recobro pero ahora en sede judicial para el examen de si se ajustó a la ley o no cada uno de esos recobros siendo el caso advertir que el artículo 16 del mismo precepto legal refiere las causales de devolución de las solicitudes de recobro y a su vez el artículo 17 hace alusión a las causales de aprobación condicionada de las solicitudes de recobro. De otra parte el artículo 11 de la Resolución 3099 del 2008 también se determina los requisitos específicos en atención de si se trata de un recobro no incluido en el POS pero autorizado por el CTC o por fallo de tutela para tales efectos se deben allegar además de los previstos anteriormente cuando se trate de CTC formato de solicitud de recobro por concepto de medicamentos, servicios o prestación de servicios en salud NO POS CTC numerada consecutivamente por cada paciente, fecha de elaboración, número de acta, documentos de identificación del afiliado o paciente, diagnostico, entre otros y cuando se trate de fallo de tutela pues la copia del fallo correspondiente, copia simple de factura de venta o documento equivalente instrumento que evidencie la entrega del medicamento, servicio médico o prestación de salud entre otros. Así mismo de acuerdo a la tipología de glosas impuestas se requiere para su debido examen los siguientes requisitos la glosa de extemporaneidad 101 se requiere de acuerdo con el artículo 13 del Decreto Ley 1281 del 2002 prueba de la reclamación ante la ADRES con el fin de establecer el término que se le dio entre la generación de pago y la



reclamación realizada; la 102 servicio de medicamento no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o autorizado por el CTC o la 105 no se adjunta copia del fallo de tutela, 211 contenido del acta del CTC no contiene justificación médica, 403 como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios para todas estas glosas se requieren precisamente las copias de las actas de comité y las sentencias judiciales para cada uno de los recobros, la 201 también lo recobrado no corresponde a lo facturado por el proveedor, la 203 cuando no hay evidencia de la entrega del medicamento, servicio médico o prestación de servicio NO POS al paciente se debe atender las exigencias del literal e) del artículo 10 Resolución 3099 de 2008, esto es, documento que evidencia entregue del medicamento, servicio médico o prestación de salud, equipo ambulatorio, la factura, la orden médica o formato diseñado para tal efecto, por las entidades prestadoras de servicios que debe ser firmado por el paciente o su representante con número de identificación como constancia de recibido, segundo, en atención inicial de urgencias copia del informe de atención en urgencias, tercero, en atención de urgencias con observación, servicios de internación o cirugía resumen de atención o epicrisis, es decir, que la demostración de la entrega de medicamentos o de servicios NO POS cuando estos sean ambulatorios como lo son en el presente asunto debe aportarse la factura la orden médica el formato establecido por las entidades para tal efecto de las cuales se pide firma del paciente

Que otras glosas como la 104 no se anexa factura del proveedor o prestación del servicio para lo cual es necesario precisar que el artículo 21 del decreto 4747 del 2007 establece sobre los soportes de las facturas lo siguiente: los prestadores de las facturas de los servicios de salud deben presentar a las entidades prestadoras de pago las facturas con los soportes de acuerdo con los mecanismos de pago que establezca el Ministerio de la Protección Social la entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los exigidos para el efecto por el Ministerio de la Protección Social.

Que toda esta precisión de los elementos que acreditan o deben acreditar para la evaluación inicial, lo primero que se debe probar es si efectivamente



los servicios que se aducen fueron prestados, segundo, la modalidad de esos servicios, es decir, las prescripciones, órdenes médicas correspondientes, tercero, la temática relacionada a la facturación de esos valores para de allí poder determinar lo ajustado o no de cada una de las glosas que se impuso en su momento, lo cual es de vital importancia para el análisis del caso, pues constituyen los elementos facticos probatorios fundamentales que soportan la carga de la prueba misma en este caso en favor de la entidad reclamante como lo es la EPS.

Que del estudio de las pruebas aportadas por la actora y de las decretadas y practicadas en el proceso se tiene que la demandante únicamente aportó base de datos, no material probatorio sobre todos esos aspectos que acabamos de mencionar y que pretende aducir como prueba las bases de datos que aportó en un medio magnético (fl 440) que denomino base de datos en Excel el cual contiene no más que una relación de recobros objeto de la demanda y aportó documental referente a la actas de conciliación judicial ante la procuraduría delegada para asuntos administrativos, el contrato de encargo fiduciario para la demostración de los recursos del FOSYGA 024 del 2005 celebrado entre el Ministerio de la Protección y FIDUFOSYGA 2005 y el contrato fiduciario 467 de 2011 suscrito entre el Ministerio y el consorcio SAYD 2011 frente a la relación de pruebas.

Entonces es pertinente citar los artículos 60 y 61 del CPT los cuales establecen que el juez al proferir su decisión analizara las pruebas allegadas en tiempo; que no está sujeto a tarifa legal y por tanto formará libremente su convencimiento; que no es cierto que la parte demandante quedara relevada de su carga probatoria pues quien pretende un derecho tiene la carga de probar los hechos que lo producen pues no basta con las simples afirmaciones de la parte demandante para que se aplique el principio de la carga dinámica de la prueba. Que en consecuencia no es posible acudir al principio de la carga dinámica de la prueba lo cual trae consigo la no demostración del yerro jurídico y es que en materia laboral la carga de la prueba depende de la posición de cada una de las partes y su situación y que la demandante es quien tiene en su poder los archivos y documentos soporte de las solicitudes de recobro que presentó con esta demanda, sin



embargo, de las documentales aportadas no se logra colegir porque no fueron aportados los anexos necesarios para constatar lo fundado o infundado de cada una de las glosas por cuanto se requiere acreditar siquiera la existencia de los fallos de tutela, de los comités técnico científicos, facturas de servicios o venta de medicamentos prueba de la aceptación de los usuarios de la prestación de los servicios o medicamentos prueba de la reclamación presentada de cada recobro y de la entrega y la prestación de cada servicio, la información respecto del servicio médico suministrado con el fin de determinar si se encuentran mencionadas dentro del listado de exclusiones y limitaciones del POS por lo que es lógico que la EPS demandante al pretender el recobro tenía la carga de acreditar los presupuestos que fundamentan dicha pretensión, por lo tanto, no le basta con relacionar en base Excel la información de los 5181 recobros dado que en el proceso debe quedar debidamente acreditados los fundamentos de cada una de las solicitudes de recobro, por tanto, no puede la instancia judicial acreditar meramente con estas bases de datos que básicamente son la relación de recobros y la afirmación de la propia demandante, sin que se pueda probar que al momento de hacer la reclamación o recobro objeto de debate se realizó en debida forma y cumplió con la rigurosidad del caso, a fin de determinar y contar con la certeza de si en realidad los recobros efectuados cumplieron con cada uno de los requisitos dispuestos para ello; carga probatoria de la parte actora que no cumplió y que llevará por supuesto a que deban ser negadas todas las pretensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandante **E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que el señor Juez basa la sentencia absolutoria en que la EPS no probó la prestación de los servicios materia de recobro y en que no se allegaron los recobros físicos de los recobros materia de demanda. Que al fin de reevaluar lo anterior es imperioso acotar que respecto de la existencia de dichos recobros son reconocidos por el administrador fiduciario consorcio FIDUFOSYGA 2005 en su contestación y por el consorcio SAYP 2011. Que además de su contestación allegó anexo técnico que figura dentro del expediente en documental y en documento



escrito y también en base de datos en Excel. Además, la existencia de los recobros también fue aceptada en la contestación inicial del Ministerio y del sucesor procesal ADRES. Al respecto se tiene que de los recobros materia de demanda existen varias causales de glosas sobre los mismos. En cuanto a la causal de extemporaneidad implica que no tenían otra carencia documental diferente a las establecidas por la Resolución que adelantaban el trámite de recobros de tutela y medicamentos a través de CTC. Así bien estos recobros fueron glosados a consideración del consorcio en atención a que fueron presentados con posterioridad a los 6 meses de prestación de los servicios materia de recobro. Al respecto es imperioso tener en cuenta que de los mismos frente a la glosa única de extemporaneidad se efectuó una modificación del artículo 13 del Decreto 281 de 2002 mediante el Decreto 019 de 2002 art. 111 que amplió el plazo a un año en razón a que se consideró que esos 6 meses iniciales son insuficientes. Además de ello la Corte Constitucional en sentencia C 510 del 2004 consideró que dicho término no desconocía las obligaciones a cargo del FOSYGA pasados los 6 meses sino que marcó un término para el trámite de reclamación por vía administrativa esta situación ha sido reconocida en varias sentencias de trámites similares al que nos ocupa como la 2020-735 de EPS FAMISANAR contra ADRES con sentencia de segunda instancia del 23 de noviembre del 2020. Ahora bien, en cuanto a las glosas referidas a que los servicios materia de recobros estaban incluidos dentro del plan obligatorio de salud es imperioso acotar que las glosas que se produjeron de los recobros materia de demanda datan de los años 2009 -2010 -2011 por lo tanto en ese sentido el Ministerio por la denominada zona gris que no había claridad en como se aplicaban los contenidos habían muchas situaciones diversas y por lo tanto el Ministerio de Salud en el año 2014 -2015 expidió notas externas dirigidas a las entidades recobrantes entre ellas las EPS en las aludidas notas que obran como documentales al proceso se entraron a explicar los criterios de auditorías que permitieron comprender de mejor manera los contenidos del POS, además de eso la Resolución 5592 del 2015 incluyó dentro del POS varios de los servicios que son recobrados en esta demanda como el implante de válvula aortica tipo cobre balde o el Stem medicado insumos estos que fueron recobrados con anterioridad a la vigencia de la resolución 5592 que es imperioso tener en cuenta en este caso. Al respecto también es importante



tener en cuenta la Resolución 1132 de 2017 que incluyó dentro del POS otros servicios como el tapón intramedular dentro del 2017 el cual fue recobrado en esta demanda con anterioridad a esa vigencia, lo cual permite dilucidar y entender que pese a que no obran documentales dentro del expediente es viable entrar a determinar que efectivamente existió el recobro y que efectivamente cuando se tiene la información avalada por las demandadas de que se recobraron estos insumos por dichos valores es viable entrar aplicar la prueba de indicio a fin de determinar que si un servicio como el de válvula aortica que se entra a recobrar y que fue glosado por determinar que no estaba dentro de los contenidos del POS que se pueden llegar a probar que las normas que fue introducido a estos contenidos a partir de una norma posterior a la fecha de recobro efectivamente se puede tener en cuenta que procede el pago del mismo y que procede condena a las demandadas. Al respecto existen glosas en las que efectivamente el señor Juez manifiesta que requiere la revisión de documentos como las que faltan los CTC u otros documentos que son denominadas las glosas administrativas por lo cual se solicitó de manera comedida que en el momento procesal oportuno se decretara la prueba pericial a fin de efectuar un análisis de todos los recobros y determinar de manera concienzuda por peritos expertos la existencia de los documentos así como la viabilidad de cada una de las glosas; situación que no fue considerada por el fallador de primera instancia como procedente en este caso la cual me permito reiterar para que el Tribunal estudie la posibilidad de decretar esta prueba a fin de poder pasar a probar las glosas administrativas que son parte importante de la demanda en conclusión me permito manifestar al Tribunal que es viable dentro del proceso considerar a través de la prueba de indicio la existencia de los recobros materia de demanda. Además que los recobros glosados por glosa única extemporaneidad y glosa única NO POS son viables de ser determinada su procedencia para el pago en atención a lo que se ha expuesto con anterioridad, por lo anterior, solicita revocar el fallo y previo a ello decretar la prueba pericial solicitada.

CONSIDERACIONES



Sea lo primero señalar que el **art. 48 de la Constitución Política** establece que tanto la salud como la seguridad social son servicios públicos que se prestarán bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Por su parte, la **Ley 100 de 1993** reglamentó el Sistema de Seguridad Social en Colombia y de acuerdo con lo establecido en el **art. 182** de la misma normatividad, para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS para cada afiliado, el Sistema reconoce a cada EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación UPC, que en últimas viene siendo el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del POS por parte de la EPS, en otras palabras, su objetivo es financiar en su totalidad la ejecución del POS.

El **literal f) del artículo 156 de la precitada Ley 100**, prevé la forma en que son financiadas las EPS para garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados según los parámetros del POS, financiación que garantiza el ente estatal a través, como se dijo, de la denominada unidad de pago por capitación - UPC, y de no encontrarse los medicamentos o tecnologías requeridos por los usuarios del sistema de salud incluidos en el POS, su valor debía ser reconocido por el Fondo De Solidaridad y Garantía -FOSYGA.

En este asunto se pretende obtener el reconocimiento y pago de unos recobros por servicios prestados por la EPS SERVICIO OCCIDENTALE DE SALUD S.A., motivo por el cual pertinente resulta tener en cuenta lo establecido en el **artículo 21 de la ley 1127 de 2007** que dispone:

*“Art. 21: Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, **las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de la Protección Social.** La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de la Protección Social. (...)”*



Por su parte, el Ministerio de Salud con la **Resolución No 003047 de 2008** fijó en su artículo 12 que en el Anexo Técnico No 5 de dicho Acto Administrativo se precisarían los soportes que debían anexarse a las facturas, para cada caso en concreto: Consultas ambulatorias, Servicios Odontológicos Ambulatorios, Exámenes de laboratorio, imágenes y otras ayudas diagnósticas ambulatorias, procedimientos terapéuticos ambulatorios, medicamentos de uso ambulatorio, atención inicial de urgencias, atención de urgencias, servicios de internación o cirugía, ambulancia, honorarios profesionales.

De suerte que una vez presentada la factura con los soportes darán lugar, bien a que se efectúe el pago de la obligación, o a que la entidad deudora presente dentro de los términos y oportunidades previstos en la ley las objeciones correspondientes a través de las respectivas Glosas.

Fue entonces como con **la Ley 1753 de 2015 art. 66** se creó la entidad que pasó a administrar toda actividad desempeñada por el Fosyga, es decir, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, entidad cuya principal función consiste en garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del SG-SSS conforme lo dispuesto en el Decreto 2265 de 2017 el cual modificó al Decreto 780 de 2016, asumiendo entonces actualmente el pago de los recobros en virtud de la Resolución 1085 del 10 de mayo, 2438 del 12 de junio y la 2497 de 29 de diciembre todas del 2018 expedidas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social.

El **artículo 7° del Decreto 1281 de 2002** señala que las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las EPS, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el FOSYGA, se deberán presentar a más tardar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas y que vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.



A su vez, el **artículo 23 del Decreto 4747 de 2007**, previó la posibilidad que las entidades responsables de pago de servicios de salud presentaran inconformidades que afectaran total o parcialmente la factura y su trámite¹:

Ese mismo Decreto, es por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo y de conformidad con el artículo 13 literal d) de la Ley 1122 de 2007, consagra que los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de Salud.

El compendio normativo anterior regula la relación entre prestadores de servicios de salud y responsables del pago (EPS), sobre la base de que el prestador del servicio de salud está en la obligación de presentar una factura y sus soportes a los responsables de pago y éstos, a su turno, pagar el valor de manera oportuna.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional como por ejemplo la **sentencia de tutela T 760 de 2008, 563 de 2013 y 160 de 2014 ha establecido ciertas reglas para la inaplicación de las disposiciones del POS**, como son: **i)** que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, **ii)** que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, **iii)** que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, **iv)** la ausencia de dichos medicamentos pone en riesgo la vida digna e integridad del paciente².

El **art. 18 de la Resolución 5261 de 1994** señala que para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá

¹ Normatividad derogada por el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011, en el que se redujo a 20 días hábiles el término para presentar las glosas, legislación que empezó a regir a partir de 19 de enero de 2011.

² Sentencia T-523 de 2011.



exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios.

El **art. 162 de la Ley 100 de 1993** estableció que el sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional y que este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

De lo anterior, se puede claramente deducir que el POS establece de manera taxativa los parámetros que deben cumplir las EPS para la atención del servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en la **Resolución 5261 de 1994, Resolución 3099 de 2008, la Resolución 3754 de 2008 y la Resolución 5033 de 2008** teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso, esto es, entre el **29 de enero del 2008 y el 25 de enero de 2009**.

Adicionalmente, se dará aplicación al principio de integralidad contenido en la Resolución 5261 de 1994.

En el presente caso, observa la Sala que la EPS accionante solicita el pago de 5300 recobros; respecto de dicha pretensión se presentaron dos desistimientos por parte de la EPS, motivo por el cual se analizará la procedencia o no de 5041 recobros en total, los cuales señala la EPS que se relacionan en cuadro anexo. El fallador de primera instancia absolvió a la demandada ADRES señalando que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía.



En este sentido, es necesario precisar que una vez revisado el cuadro anexo presentado por la EPS demandante se señala que sobre las facturas objeto de la demanda se presentaron las siguientes glosas:

ID GLOSAS	DESCRIPCION GLOSA	No. GLOSAS	PORCENTAJE %
GLOSA COMBINADAS		2067	38,73%
1-01	Solicitud de Recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002.	348	8,03%
1-02	El medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico -Científico, según el caso	151	1,82%
1-03	Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	107	1,95%
1-05	No se adjunta copia del fallo o fallos de tutela	9	0,11%
2-03	No hay evidencia de la entrega del medicamento No Pos, servicio médico o prestación de salud No Pos al paciente.	1	0,02%
2-11	En el contenido del Acta del Comité Técnico Científico se registra que el suministro del medicamento, servicio médico o prestación de salud es anterior a la fecha de realización del Comité	4	0,09%
2-20	Cuando la entidad recobrante no acredite el cumplimiento del último reporte al SISMED	289	6,78%
3-05	Falta el plan general de cuotas moderadoras y copagos aplicables a sus afiliados.	264	6,17%
3-11	El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	4	0,05%
4-01	Existe error en los cálculos del recobro	115	1,40%
4-03	Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios	34	0,48%
4-05	Uno o varios ítems incluidos en el recobro presentan alguna causal de rechazo o devolución.	15	0,19%
6-01	Cuando fueren presentadas en forma extemporánea de conformidad con el artículo 20 del decreto legislativo 128 de 2010 y de acuerdo con las fechas establecidas en los artículos correspondientes de la presente resolución	304	6,34%
6-02	Cuando el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el CTC, según el caso	91	1,12%
6-03	Cuando los valores objeto del recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga o se encuentren en el plan de beneficios	48	0,64%
6-05	Cuando al recobro no se adjunta copia del fallo o fallos de tutela	3	0,04%
6-10	Cuando el contenido del acta del CTC no contiene la justificación médica	1	0,02%
6-17	Cuando en el contenido del acta de CTC se registra que el suministro del medicamento, servicio médico o la prestación de salud es anterior a la fecha de la realización del comité	1	0,02%
6-23	Cuando exista error en los cálculos del recobro	236	2,90%
6-26	Cuando uno o varios ítems incluidos en el recobro presente alguna causal de rechazo o devolución=n	42	0,56%
GLOSA UNICA DE EXTEMPORANEIDAD		32	0,45%
1-01	Solicitud de Recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002.	31	0,44%
6-01	Cuando fueren presentadas en forma extemporánea de conformidad con el artículo 20 del decreto legislativo 128 de 2010 y de acuerdo con las fechas establecidas en los artículos correspondientes de la presente resolución	1	0,01%
OTRAS GLOSAS UNICAS		4147	60,81%
1-02	El medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico-Científico, según el caso	956	11,50%



1-03	Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	964	20,45%
1-04	No se anexa al recobro la factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelación	1	0,02%
1-05	No se adjunta copia del fallo o fallos de tutela	70	0,84%
2-01	Lo recobrado no corresponde con lo facturado por el proveedor.	1	0,02%
2-03	No hay evidencia de la entrega del medicamento No Pos, servicio médico o prestación de salud No Pos al paciente.	4	0,09%
2-10	Cuando el contenido del Acta del Comité Técnico Científico no identifica el o los medicamentos del Plan Obligatorio de Salud que se reemplazan o sustituyen por el autorizado (grupo terapéutico, principio(s) activo(s) individuales o combinados, concentración	2	0,05%
2-11	En el contenido del Acta del Comité Técnico Científico se registra que el suministro del medicamento, servicio médico o prestación de salud es anterior a la fecha de realización del Comité	12	0,27%
2-26	Cuando el recobro sea objeto de investigaciones por parte de las autoridades judiciales o administrativas competentes	1	0,01%
4-01	Existe error en los cálculos del recobro	675	8,46%
4-03	Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios	133	2,30%
4-05	Uno o varios ítems incluidos en el recobro presentan alguna causal de rechazo o devolución.	5	0,06%
6-02	Cuando el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el CTC, según el caso	39	0,47%
6-03	Cuando los valores objeto del recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga o se encuentren en el plan de beneficios	28	0,61%
6-06	Cuando al recobro no se aporta el acta del CTC	1	0,02%
6-12	Cuando el contenido del acta del CTC no identifica el o los medicamentos del POS que se reemplazan o sustituyen por el autorizado (grupo terapéutico, principio(s) activo(s) individuales o combinados, concentración, forma farmacéutica y número de días/trat	1	0,02%
6-17	Cuando en el contenido del acta de CTC se registra que el suministro del medicamento, servicio médico o la prestación de salud es anterior a la fecha de la realización del comité	3	0,07%
6-23	Cuando exista error en los cálculos del recobro	1237	15,29%
6-26	Cuando uno o varios ítems incluidos en el recobro presente alguna causal de rechazo o devolución=n	14	0,25%
TOTAL GENERAL		6246	100,00%

Atendiendo que la parte demandante refiere que sobre las facturas que pretende cobrar a través de este proceso se presentaron las anteriores glosas, se debe verificar dos situaciones: (i) si las glosas deben ser aceptadas o no y, (ii) si procede el pago de cada factura y, su valor final.

Sin embargo, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, para poder verificar si efectivamente se presentaron las glosas que señala la parte actora en sus anexos y si estas son procedentes o no, la parte demandante debía cumplir con la carga probatoria que tenía conforme lo dispone el artículo 167 del C. G. del P. al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S., lo cual no hizo, pues ni siquiera aportó las facturas que pretendía cobrar, ni mucho menos los



soportes para poder determinar si las glosas eran infundadas o no, no siendo suficiente como lo pretende la parte actora que se imparta condena anexando un cuadro de Excel en el que enumera las facturas, como quiera que es claro que no puede constituir su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de la misma.

Siendo claro que no puede pretender la parte actora una sentencia condenatoria en el cual se ordene el pago de facturas que ni siquiera allega, las cuales son necesarias para que el Juzgador pueda tomar una decisión frente a las pretensiones que le están poniendo en conocimiento. Máxime porque la demandante tenía pleno conocimiento de cuáles eran las glosas que se habían presentado, por lo que debió allegar junto con las facturas los soportes que demostraran que las diferentes glosas presentadas eran infundadas, lo cual no hizo. Por lo que no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia, por las razones aquí expuestas, pues no puede impartirse una condena basada en suposiciones realizadas por la parte actora.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

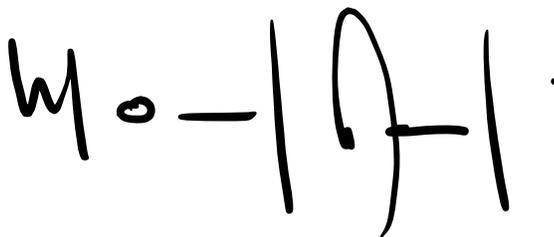

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO
Salvo voto

Respetuosamente considero que el asunto corresponde a la jurisdicción contenciosa de conformidad con el CCA389/2021.

ACLARACIÓN DE VOTO

En el auto A389 del 22 de julio de 2021, la Corte Constitucional dispuso: "El conocimiento de los asuntos relacionados con los recobros de servicios y tecnologías en salud no incluidos en el POS, hoy PBS, corresponde a los jueces contencioso-administrativos, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto a través de estos se cuestiona por parte de una EPS un acto administrativo proferido por la ADRES. Este tipo de controversias no corresponde a las previstas en el numeral 4º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social[74], en la medida en que no se relacionan, en estricto sentido, con la prestación de los servicios de la seguridad social. En cambio, se trata de litigios presentados exclusivamente entre entidades administradoras y relativos a la financiación de servicios ya prestados, que no implican a afiliados, beneficiarios o usuarios ni a empleadores". En consecuencia, antes de emitir un pronunciamiento, se debió remitir el expediente a los juzgados administrativos para lo de su cargo.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2015-00033-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GERMÁN TULLIO SOLIS

DEMANDADO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, como Administradora del Fondo Nacional del Café; ASESORES EN DERECHO S.A.S., en calidad de mandataria con representación de PANFLOTA; FIDUPREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo – PANFLOTA; LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

ALEGATOS

Dentro del término concedido, se recibieron los alegatos de la parte demandante, la FIDUPREVISORA y la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS.

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y las demandadas ASESORES EN DERECHO S.A.S., COLPENSIONES, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado primero Transitorio Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de octubre de 2021.



ANTECEDENTES

GERMÁN TULLIO SOLIS, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. representada por ASESORES EN DERECHO S.A.S., COLPENSIONES, FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFE, la FIDUCIARIA LA PREVISORA – PATRIONIO AUTONOMO PANFLOTA y la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO con el fin de que SE DECLARE que cumplió con todos los requisitos exigidos por la Ley 71 de 1978 o el Decreto 758 de 1990 o la Ley 797 del 2003 para acceder a la pensión de vejez por aportes a partir del 20 de febrero del 2005 como beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; SE DECLARE que fue trabajador de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.; se ordene a ASESORES EN DERECHO S.A.S. le expida la Resolución del bono pensional o calculo actuarial por el tiempo laborado en la FLOTA MERCANTE; se condene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA PATRIMONIO AUTONÓMO PANFLOTA a pagar a COLPENSIONES el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; SE CONDENE a COLPENSIONES que asuma las obligaciones del régimen de prima media y reliquide el IBL junto con todas las mesadas pensionales con el 90% de tasa de reemplazo teniendo en cuenta el mayor valor de ingreso base de cotización por todo el tiempo cotizado o el promedio de los últimos 10 años desde el 20 de febrero del 2005 junto con todos los incrementos anuales legales; SE CONDENE a COLPENSIONES a pagarle el incremento del 14% por cónyuge a cargo conforme lo consagrado en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; SE CONDENE a COLPENSIONES a pagar perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago de la mesada pensional desde el 20 de febrero del 2005 de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, junto con los intereses de mora, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.



Como pretensión subsidiaria solicita se ordene a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFE matriz y controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S,A, pagar a COLPENSIONES o a la entidad que asuma las obligaciones del RPMPD el título pensional o calculo actuarial que corresponde al actor por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; SE ORDENE a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO pagar a COLPENSIONES o a la entidad que asuma las obligaciones del RPMPD el título pensional o calculo actuarial que corresponde al actor por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A. (fls. 46 a 47 archivo "03 EXPEDIENTE 2015-0303 TOMO II").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando entre otros que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 69 años de edad; que se encuentra casado con la señora JENARA CORDOBA MORENO quien actualmente tiene 73 años; que laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido del 21 de septiembre de 1971 al 28 de octubre de 1981 y posteriormente mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 10 de noviembre de 1981 al 28 de noviembre de 1981; que dentro de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. funciona la organización sindical denominada UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE TRANSPORTE MARITIMO Y FLUVIAL -UNIMAR-; que mediante laudo arbitral del 16 de junio de 1977 el cual decidió el conflicto negativo surgido entre la organización sindical y la Flota Mercante Grancolombiana S.A. determinó que las pensiones de jubilación estaban a cargo del empleador; que para dirimir en conflicto entre la organización sindical y el empleador se firmó la convención colectiva de trabajo el 03 de noviembre de 1978 para los dos siguientes años del 15 de octubre de 1978 al 15 de octubre de 1980, la cual



se encontraba vigente al momento del retiro del trabajador; que la cláusula vigésima segunda de la citada convención establece “RATIFICACIÓN las normas arbitrales y convencionales y también los estipulados en pactos, convenciones, actas y acuerdos que no hayan sido modificados por esta convención o que no contraríen las disposiciones contenidas en sus cláusulas, y por tanto, quedarán incorporadas a la presente convención”; que el actor fue miembro de la organización sindical beneficiándose de las cláusulas convencionales y laudos arbitrales por estar a paz y salvo con el sindicato; que laboró para la Flota aproximadamente 503 semanas; que la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. no efectuó los aportes a pensión del actor desde el 21 de septiembre de 1971 hasta el 28 de octubre de 1981, ni desde el 10 de noviembre de 1981 al 28 de noviembre de 1981; que el último cargo que desempeñó fue “SEGUNDO COCINERO” a bordo de los buques de la Flota Mercante Grancolombiana; que el salario mensual del trabajador estaba compuesto por los siguientes factores: a) salario básico mensual US193.10 dólares; b) prima de antigüedad 11% US 21.24 dólares; c) salario en especie para alimentación y alojamiento US 210 dólares; d) horas extras diurnas y nocturnas; e) dominicales y festivos, recargos nocturnos; f) las primas extralegales donde el 8.33% era salario y g) viáticos nacionales e internacionales US 21.24 dólares; que en la liquidación final de prestaciones sociales se encuentra el promedio de lo devengado en el último año que dividido por 12 da el salario promedio mensual del trabajador que supera los 1.100US dólares; que se encuentra afiliado a COLPENSIONES y es beneficiario del régimen de transición; que COLPENSIONES no ha reclamado el bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; que el Seguro Social mediante auto de archivo N° 0628 del 2009 archiva solicitud de pensión del actor sin tener en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante; que el Seguro Social mediante la Resolución N° 8416 del 2011 negó la pensión de vejez por aportes y no tuvo en cuenta el tiempo trabajado en la Flota Mercante Grancolombiana; que fue pensionado por COLPENSIONES mediante la Resolución VPB 5008 del 11 de septiembre del 2013 en el cual se le asignó una mesada de \$463.296 a partir del 01 de septiembre del 2008 y el pago de un retroactivo por un valor de \$37'247.814;



que el seguro social debió pensionar al actor concediéndole un retroactivo desde el 20 de febrero del 2005 fecha en que se causó y debió pagarse la obligación efectuando los aumentos legales y convencionales; que el actor al 01 de abril de 1994 tenía cotizadas más de 750 semanas y contaba con 49 años de edad; que el actor interpuso recurso de reposición contra la Resolución VPB 5008 del 11 de septiembre del 2013 solicitando se le respetara el régimen de transición, el cual fue resuelto negativamente mediante la Resolución GNR 232118 del 20 de junio del 2014 expedida por COLPENSIONES; que la señora Jenara Córdoba Moreno depende económicamente del señor Solis y no recibe pensión de ninguna entidad ni pública, ni privada; que en la Resolución de pensión la demandada COLPENSIONES no pago los intereses moratorios por el no pago de la pensión de vejez por aportes; que cumple los requisitos de tres normas diferentes por lo que se le debe aplicar la más favorable al trabajador; que presentó reclamación administrativa de fecha 10 de noviembre de 2014 a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ matriz y controlante de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; que presentó reclamación a las demandadas. (fls. 48 a 54 archivo “03 EXPEDIENTE 2015-0303 TOMO II”)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, En cuanto a los hechos aceptó el 82; dijo que el 9 no era un hecho y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva y la genérica. (fls. 137 a 159 archivo “03 EXPEDIENTE 2015-033 TOMO II”).



La **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. -FIDUPREVISORA S.A.** contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, En cuanto a los hechos aceptó el 24, 32, 34, 37, 38, 39, 40, 81 y 84; dijo que el 50 y 51 no eran un hecho; que eran parcialmente ciertos el 33, 35 y 36 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y la innominada. (fls. 172 a 197 archivo “03 EXPEDIENTE 2015-033 TOMO II”).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, En cuanto a los hechos aceptó el 53, 70, 71 y 73; negó el 2, 72, 75 y 76 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, prescripción y la innominada o genérica. (fls. 262 a 278 archivo “03 EXPEDIENTE 2015-033 TOMO II”).

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, En cuanto a los hechos negó el 16, 19, 21, 22, 24, 27 y 34; dijo no constarle el 12, 13, 14, 15, 20, 25, 28, 44, 45, 46, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83 y 84 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la genérica. (fls. 426 a 471 archivo “03 EXPEDIENTE 2015-033 TOMO II”).

La sociedad **ASESORES EN DERECHO S.A.S.** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones 1, 4, 11 y 12 y allanándose a las demás. En cuanto a los hechos aceptó el 8, 11, 18, 19, 24, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 49, 53, 54, 55, 60, 63, 66, 80 y 84; negó el 12, 13, 14, 15, 20, 25, 28, 34, 40, 61, 62, 72 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado por la sentencia 2013-00627-01 proferida por el H. Consejo de Estado, inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada el ISS no había asumido los riesgos de IVM,



prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante y la innominada o genérica. (fls. 519 a 555 archivo "03 EXPEDIENTE 2015-033 TOMO II").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor **GERMAN TULLIO SOLIS** y la extinta **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE** existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 21 de septiembre de 1971 hasta el 28 de octubre de 1981 y posteriormente mediante contrato a término fijo desde el 10 de noviembre de 1981 hasta el 28 de noviembre de 1981, con 135 de suspensiones y/o sanciones, para un total de 9 años, 9 meses y 18 días, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES, administradora a la cual se encuentra afiliado el actor, a realizar el respectivo calculo actuarial, por concepto de aportes para la pensión del demandante, correspondientes al tiempo que no estuvo afiliado a pensiones en la **FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A.** entre el 21 de septiembre de 1971 hasta el 28 de octubre de 1981 y posteriormente desde el 10 de noviembre de 1981 hasta el 28 de noviembre de 1981, con 135 de suspensiones y/o sanciones, con base en el salario certificado por la **FIDUPREVISORA y ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, para la fecha de finalización de los vínculos laborales.

TERCERO: CONDENAR a los demandados **ASESORES EN DERECHO S.A.S** en su calidad de mandataria con representación de **PANFLOTA** y a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA SA** en su condición de administradora del patrimonio autónomo de **PANFLOTA** o a quien haga sus veces a remitir a **COLPENSIONES**, de manera mancomunada, en el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, toda la documentación necesaria y la certificación del salario devengado por el demandante con todos factores salariales a la finalización del contrato, según se precisó en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **ASESORES EN DERECHO SA** en su calidad de mandataria con representación de **PANFLOTA** emitir la respectiva resolución a través de la cual se reconozca y ordene transferir a **COLPENSIONES** el valor correspondiente al cálculo actuarial a favor del señor **GERMAN SOLIS**.

QUINTO: CONDENAR a la **FIDUPREVISORA S.A** y vocera del patrimonio autónomo de **PANFLOTA**, a pagar a **COLPENSIONES** a nombre de señor **GERMAN TULLIO SOLOS**, el valor del cálculo actuarial por el tiempo que este no estuvo afiliado al sistema general de pensiones, el 21 de septiembre de



1971 hasta el 28 de octubre de 1981 y posteriormente desde el 10 de noviembre de 1981 hasta el 28 de noviembre de 1981, con 135 de suspensiones y/o sanciones,, a entera satisfacción de la ADMINISTRADORA , conforme a la liquidación que esta misma elabore, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo de PANFLOTA.

SEXTO: DECLARAR que la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** es responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial de los aportes a pensión del señor GERMAN TULLIO SOLIS aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA y consecuencia, condenarla a esta a reconocer y pagar el cálculo actuarial a favor del demandante, siempre que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A en su condición de administradora del Patrimonio autónomo PANFLOTA, no cuente con los recursos económicos para asumir tales obligaciones, las cuales serán cubiertas con los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

SEPTIMO: CONDENAR a COLPENSIONES A RELIQUIDAR LA PENSION E VEJEZ reconocida a través de la resolución VPB 5008 del 11 de septiembre de 2013, a partir del 1 de septiembre de 2008, teniendo en cuenta para su liquidación lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es con base a los salarios devengados en los últimos 10 años o en toda su vida laboral, según fuere más favorable, con una tasa de reemplazo del 90%, toda vez que es beneficiario del régimen de transición y su régimen anterior es el Acuerdo 049 de 1990.

OCTAVO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 18 de noviembre de 2011, según se expuso.

NOVENO: ABSOLVER a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO las pretensiones incoadas en su contra, y a las restantes demandadas de las demás pretensiones.

DECIMO: CONDENAR en costas a los demandados ASESORES EN DERECHO S.A.S, en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, FIDUCIARIA LA PREVISORA SA en calidad de administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA y a la FEDERACIÓN DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DE CAFÉ y a favor del demandante. Se fija la suma de \$ 1.500.000, como agencias en derecho, a cargo de cada una de ellas. Condenar al demandante y a favor de la demandada LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en la suma de \$900.000 de pesos. Sin costas respecto a COLPENSIONES..”

Fundamenta su decisión el Juez de primer grado señalando que se agotó el requisito de la reclamación administrativa. Que en esta instancia no existe



discusión en cuanto a que el demandante German Tulio Solis Montaña, laboraba al servicio de la Flota Mercante Gran Colombiana SA, inicialmente a través de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de septiembre de 1971 hasta el 28 de octubre de 1981 y posteriormente mediante contrato a término fijo desde el 10 de noviembre de 1981 hasta el 28 de noviembre de esa misma anualidad con 135 días de suspensiones y/o sanciones para un total de 9 años, 9 meses y 18 días, tal como se evidencia en las certificaciones que obran a folio 415 y 470 del expediente. Que mediante auto 4010928 del 28 de agosto del 2012, la Superintendencia de sociedades declaró extinguida la persona jurídica de Inversiones de la Flota Mercante SA en liquidación obligatoria y por auto 4015977, luego de la apertura del proceso liquidatorio, se ordenó el cierre del proceso de liquidación obligatoria de la compañía, Inversiones de la Flota mercante SA folio 715, 728 y 730. Igualmente se evidencia que se suscribió un contrato de fiducia mercantil identificado con el número 3-1-10138 entre la citada empresa, compañía de inversiones de la flota mercante y la Fiduciaria la Previsora SA para la administración del patrimonio autónomo Panflota, acordándose entre las obligaciones, la administración del pasivo pensional y las contingencias jurídicas en curso, folio 675 a 691. Que en el presente asunto no se configuró la excepción de cosa juzgada en la medida que si bien el Consejo de Estado en su sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta mediante sentencia del 28 de agosto del 2014, amparó como mecanismo transitorio, el derecho fundamental de la Seguridad Social del aquí demandante se enunció en la parte resolutive del mencionado prohibido lo siguiente “los actores beneficiados con el amparo deberán acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en un término no superior a cuatro meses, contados a partir de la notificación de este fallo. Vencido ese plazo, la protección cesará y corresponderá a la jurisdicción ordinaria estudiar las reclamaciones de las personas cuyos derechos aquí se amparan” luego es claro que en el asunto de marras, no es posible declarar el mencionado medio efectivo, ya que el amparo como se indicó se concedió de manera transitoria, hecha esta precisión y antes de definir la responsabilidad de las entidades sancionadas, se debe definir inicialmente, si hay lugar al reconocimiento del cálculo actuarial, para lo cual se remite a las sentencias



emitidas el 16 de julio del 2014 con radicado 41745 y 20 de octubre del 2015 con radicado 43182, entre otras, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las cuales han indicado que si bien no es posible hablar que los empleadores omitieron la afiliación cuando inscribieron a sus trabajadores tan pronto como se les hizo el llamado por parte del ISS en función de la extensión gradual de la cobertura, no por ello quedaron excluidos de cualquier tipo de responsabilidad en la medida que entretanto se garantizaba esa cobertura seguían teniendo a su cargo los riesgos de pensión, aún sin subrogación, de manera que respecto de dichos períodos estaban obligados a contribuir a la financiación de una eventual pensión a través de cálculos actuariales.

Que si bien es cierto, se tuvo una tesis inicial, consistente en que el empleador era inmune a toda responsabilidad generada en el no pago de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual de ISS no le alcanzó, partiendo de la literalidad del texto y la ley 90 de 1946 y los acuerdos 189 de 1965, 224 de 1966, 044 de 1986 y 049 de 1990 se consideró que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión, de quien le prestó servicios pagando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas, sentencia del 16 de julio del 2014 radicación 41745 y sentencia del 2015 con radicación 43182.

Que a partir de la resolución 3296 del 15 de agosto de 1990, se fijó el 15 de agosto de 1990 como fecha de iniciación de inscripciones en el régimen de seguros sociales obligatorios para las empresas y agencias de transporte marítimo. No obstante, aunque la demandada solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores a la entidad de Seguridad Social en la fecha antes mencionada, lo cierto es que ello no la exoneró de la obligación de responder por los períodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues ello iría en detrimento del derecho a la Seguridad Social en pensiones del trabajador, razón por la cual habrá de emitirse condenada por este concepto ahora. Por último, cabe precisar frente a este tema, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicación 52695 señaló la orientación dada en sentencia es SL646 de



2013, bajo el entendido que ante las realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 del 2003 la respuesta más acoplada al sistema de Seguridad Social en casos de omisión en la afiliación es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones con el recobro de los recursos a los empleadores a través de un cálculo actuarial, aunado a lo anterior, el artículo noveno de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 del 2003, estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de Seguridad Social, con base en el cálculo actuarial que esta elabore, por lo que es a través de este mecanismo que se cubrirá los aportes al sistema general de pensiones por el tiempo laborado por el accionante a la flota mercante Grancolombiana SA.

Definido lo anterior pasó a estudiar la responsabilidad de las entidades demandadas así; en primer lugar, precisó que de conformidad con el inciso segundo del literal B del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al cálculo actuarial o título pensional debe ser recibido a satisfacción de la administradora de pensiones, por ende, en el presente asunto le corresponde a Colpensiones determinar con base en el decreto 1887 de 1994, el valor del cálculo actuarial reconocido en virtud de este proceso, ahora conviene indicar que en el asunto de marras quedó demostrado de la historia laboral y de la resolución VPB 5008 del 11 de septiembre del 2013 folio 471485 que el demandante se encuentra afiliado a Colpensiones, además que recibe una pensión por parte de la mencionada entidad, en consecuencia, le corresponde a Colpensiones realizar las operaciones aritméticas tendientes a determinar el valor del cálculo actuarial de los periodos trabajados por el demandante en la flota mercante gran colombiana, comprendidos del 21 de septiembre de 1971 hasta el 28 de octubre de 1981 y desde el 10 de noviembre de 1981 hasta el 28 de noviembre de 1981 con 135 días de suspensión respecto al primer contacto para total 9 años, 9 meses y 18 días asimismo, de las pruebas aportadas se observa que la Fiduciaria la Previsora como vocera y administradora de Panflota, suscribió el contrato de mandato número 92640012014, donde



nombró y facultó a la sociedad, Asesores en Derechos SAS, así como mandataria con representación con cargo al patrimonio autónomo Panflota a folio 967 con las siguientes obligaciones, **primero** expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, sustitución o cualquier trámite pensional de los extrabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran colombiana con cargo a Panflota una vez la Federación Nacional de Cafeteros gire los recursos, **segundo** atender los requerimientos judiciales y administrativos, **tercero** excepcionalmente, expedir el acto administrativo que ordene la reliquidación pensional y **cuarto**, gestionar su propia defensa, además, en la cláusula sexta, del mencionado contrato, se determinó que las obligaciones económicas o pecuniarias que se desprenden los actos administrativos expedidos por el mandatario, en desarrollo del mandato con ocasión de la atención de solicitudes o trámites de derechos pensionales de los extrabajadores de la entidad liquidada, estarán a cargo exclusivamente del patrimonio autónomo Panflota, en estricto cumplimiento de la sentencia SU 1023 del 2001, lo anterior permite concluir que la sociedad Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de Panflota es el responsable de emitir la respectiva resolución a través de la cual se reconozca y ordene transferir a Colpensiones el valor correspondiente al cálculo actuarial.

Adicionalmente, según el contrato de mandato ya mencionado, es el patrimonio autónomo Panflota quien asume las obligaciones económicas que se derivan de los actos administrativos expedidos por asesores en derecho SAS ,es decir, que la fiduciaria la previsora SA como administradora del patrimonio autónomo Panflota debe coordinar el traslado del bono pensional o cálculo actuarial pretendido ante las facultades que le fueron otorgadas, razón por la cual es claro que las llamadas a responder por las condenas proferidas en la presente decisión son las demandadas Fiduciarias la Previsora SA como administradora y vocera del patrimonio autónomo Panflota y Asesores en Derecho SAS como mandatario con representación, con cargo del patrimonio autónomo Panflota de conformidad con el contrato de mandato número 92-64-001-2014 suscrito entre la Fiduciaria la Previsora SA.



Ahora respecto a la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros tenemos que esta compañía como administradora del Fondo Nacional del Café, funciona como matriz o controlante de la compañía de inversiones de la Flota Mercante, determinación que se acompasa con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C 510 de 1997, donde señaló que de acuerdo con el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, existe una presunción legal de responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante, frente a las obligaciones que adquiriera la sociedad subordinada presumiéndose que la situación de concordato o liquidación por causa en la sociedad matriz o controlante, cuyas decisiones buscaban el beneficio propio y aún en contra de los intereses de la sociedad subordinada precisamente por el control que ejercía la primera sobre la segunda; presunción, que por su carácter legal, admite prueba en contrario, pero la carga de la misma estaba en cabeza de la sociedad matriz o controlante, quien debe probar que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la empresa subordinada o controlada se produjo por una causa diferente, donde nada tuvo que ver aquella, ahora en la sentencia 23 del 2001, la Corte Constitucional estableció la condición de empresa matriz o subordinante de la Federación Nacional de Cafeteros respecto de la compañía de Inversiones de la Flota Mercante en liquidación en los siguientes términos *“existe adicionalmente la presunción legal de responsabilidad subsidiaria de la entidad, matriz o controlante frente a las obligaciones que adquiriera la sociedad subordinada el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, señala, cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o provocación de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante; en virtud de la subordinación y el interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas, en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella, se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal por las actuaciones derivadas del control a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente. Que la norma contiene dos postulados de interés; de un lado, consagra la presunción legal según la cual una sociedad se encuentra en situación concursal, debido a las situaciones derivadas del contrato, parte de la matriz o controlante o sus vinculadas y de otro lado, como consecuencia de lo anterior, señala la*



responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz frente a las obligaciones de la sociedad controlada; que el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, fue demandado en acción pública en constitucionalidad y declarado exequible, de acuerdo con la ley, según la información que obra en el expediente, la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, es la entidad matriz o controlante, de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante liquidación obligatoria; pues de un lado, el 80% de la propiedad accionaria de la CIFM, fue adquirida por la Federación Nacional de Cafeteros con recursos del Fondo Nacional del Café, lo cual implicó que tuviera una representación mayoritaria en la Junta Directiva de aquella compañía; de otro lado, el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, consagra los supuestos de los cuales opera la presunción de subordinación de una sociedad; dice el artículo 27: “Presunciones de subordinación. El artículo 261 del Código Comercio quedará así: será subordinada a una sociedad cuando se encuentre en 1 o más de los siguientes casos, primero, cuando más del 50% del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas o de las subordinadas de esta, para tal efecto no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. Segundo, cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho a emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria y en la Junta de socios o en la Asamblea obtengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la Junta directiva. Tercero, cuando la matriz directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas en razón de un acto o negocio con la asociación controlada con sus socios ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad parágrafo primero, igualmente habrá subordinación para todos los efectos legales cuando el control, conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente, o por intermedio o con el concurso de entidades las cuales posean más del 50% del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerza influencias dominantes en dirección o toma de decisiones de la entidad; parágrafo segundo asimismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en parágrafo anterior”. Finalmente, la Corte concluyó: “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 señala el artículo 27 y el parágrafo 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 puede 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 e interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre el deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”.

Que de conformidad con el criterio previamente mencionado, se advierte la calidad de empresa matriz o subordinante de la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café respecto de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, además de ello, obra en el plenario la inscripción de la sociedad subordinada que realizó el gerente general de la Federación ante la Cámara de Comercio de Bogotá, donde señaló “por otra parte, le manifiesto que la Federación en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, ha sido titular del 80% de las acciones que componen el capital social de la empresa, antes llamada Flota Mercante Gran Colombiana SA y hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA desde antes de que entrara en vigencia la Ley 222 de 1995, no obstante no se había procedido a la inscripción de la situación de subordinación porque se considera que las disposiciones de la mencionada ley no le eran aplicables a dicha situación, por cuanto el Fondo Nacional del Café no es una persona jurídica, sino una cuenta constitutiva con recursos públicos que hasta noviembre de 1997 estaba definida como una cuenta especial del tesoro público y de esa fecha en adelante como una cuenta constitutiva con derechos parafiscales, cuenta que la Federación ha administrado desde 1940, en virtud de sucesivos contratos celebrados al efectos, como con el Gobierno Nacional, la Federación tiene el 80% de las acciones de la sociedad, actualmente denominada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, fue constituida bajo el nombre de la Flota Mercante Gran Colombiana SA., la mencionada sociedad pasó a tener su nombre actual de conformidad con la reforma estatutaria contenida en escritura pública número 513 del 5 de febrero de 1997, dado lo expresado en el punto anterior, la Compañía Inversiones de la Flota Mercante, se encuentra en la situación de subordinación establecida en el artículo 27 de la Ley 222 de



1995 respecto de la Federación Nacional de Cafeteros en tanto esta obra en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, por cuanto esta es titular de más del 50% de las acciones de la mencionada sociedad anónima, por lo tanto, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA es una filial de la Federación, en cuanto esta obra como administradora del Fondo Nacional del Café”; por otra parte, el certificado de existencia y representación legal que obra a folio 3 del plenario perteneciente a la Compañía de Inversiones de la Flota mercante “que por documento privado el 29 de abril de 1998 de Santafé, de Bogotá, escrito el 9 de junio de 1998 bajo el número 637602 del libro Noveno, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia domiciliada en Santafé de Bogotá, comunicó que en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café con recursos de este como matriz, se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia”. Adicionalmente, la Federación alegó como principal argumento para ser eximida de la responsabilidad subsidiaria que el infortunio empresarial de la Compañía, Inversiones de la Flota Mercante, obedeció a las decisiones asumidas por el Estado mediante la ley 7 de 1991 y los Decretos 501 de 1990 y 2327 de 1991, que dispusieron la supresión de la reserva de carga que la beneficio hasta ese momento, consistente en tener la exclusividad para transportar del 50% de la carga entrante y saliente del territorio nacional. El referido estudio, indica que la eliminación de la reserva de carga fue apenas uno de los tantos factores que antes de la adquisición por parte de la Federación Nacional de Cafeteros. Incidió en el decrecimiento económico de la entonces Flota Mercante, pues incluso durante los 13 años precedentes a la abolición de aquella, prerrogativa la participación de la flota en el comercio exterior de Colombia fue disminuyendo progresivamente debido a otros factores como la revaluación del peso frente al dólar, la reducción de las tarifas de los fletes internacionales y el auge del transporte multimodal frente a la precariedad de su flota, lo cual conllevó inclusive a que el comercio exterior del país creciera en la misma medida que el volumen movilizado por la Flota Mercante que disminuía pese a la existencia de la reserva legal folio 880-905 del expediente, de esta manera, además de ser un hecho anterior al ingreso de la Federación Nacional de Cafeteros, como socio mayoritario de



la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, ni siquiera fue la causa que generó el descalabro económico de esta última, de manera que no se desvirtúa la presunción aludida; por lo que se declarará la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café ahora.

Finalmente, respecto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público fue absuelto en la medida que, al declararse la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, no había lugar a condenar a este interestatal, pues nótese que en el escrito inicial se dijo que en caso de que no procediera la responsabilidad subsidiaria frente a la Federación, tenía que estudiarse la responsabilidad de ese ente Ministerial máxime cuando no existió una relación subordinante entre el Ministerio y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

En lo referente al salario para efectos del cálculo actuarial; resulta que el decreto 1887 de 1994, a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones, señala en cuanto al salario que se debe tomar para esta operación aritmética, lo siguiente, artículo 4; salario de referencia, el salario base de liquidación devengado al 31 de marzo de 1994 estará conformado por los factores que de conformidad con lo expuesto en el Código sustantivo del trabajo, constituye el salario en todo caso, el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente en dicha fecha, ni superior a 20 veces dicho salario. Para el caso de empleados que, habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994, el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación; conforme a lo anterior, el salario de referencia para efectos del cálculo actuarial debe ser el último devengado por el accionante, lo que, además, se acompasa con las sentencias con radicación 42530 del 22 de abril del 2015 y 42530 del 11 de noviembre del 2015 de la Sala de Casación Laboral que para la liquidación del cálculo actuarial tomo el último salario sin que se deba incluir la prima de servicio, pues, además de que según lo dispone el artículo 307, esta



prestación no constituye salario nuestro alto Tribunal de cierre lo indicado en la sentencia con radicación 36361.

Por lo anterior Colpensiones es la entidad que debe realizar dichos cálculos; deberá efectuar el cálculo actuarial teniendo en cuenta el período comprendido entre el 21 de septiembre de 1971 y hasta el 28 de octubre de 1981 y desde el 10 de noviembre de 1981 hasta el 28 de noviembre de 1981, para un total de 9 meses, 9 años y 18 días teniendo en cuenta para esa liquidación, el último salario devengado por el trabajador, es decir, aquel que percibió para el 28 de noviembre de 1981. Ahora, respecto del salario percibido por el aquí demandante al revisar la hoja de vida del señor de German Tulio Solís se puede corroborar de los folios 1685 a 1689, que percibía un sueldo básico de 193,10 dólares para el mes de noviembre de 1981 y que además percibió 48,24 dólares por horas extras sin que se denote de los mencionados documentos la totalidad de los factores salariales, pues no se trata de la liquidación final, pese a que la certificación que obra a folio 415 se precisó “El señor Solís Posada, en los beneficios legales y convencionales que incluían prima, prima de servicio legal, prima de servicio extralegal, acceso interino, auxilio de alimentación, auxilio educativo, vacaciones, etcétera. Así las cosas, ante la duda, el verdadero salario devengado por el accionante para el momento del retiro. Adicionalmente, es Asesores en Derecho SAS y la Fiduciaria la Previsora, que de manera mancomunada les corresponde certificar ante Colpensiones, el salario de referencia teniendo en cuenta todos los factores constitutivos del mismo. Lo anterior, dado que, de las pruebas anexas a la contestación, se logró establecer y, tal como ya lo mencioné al momento de establecer la responsabilidad de cada una de las entidades aquí mencionadas en virtud del contrato de mandato número 92640012014, suscrito el 21 de agosto del 2014, se le designó como mandatario con representación de Panflota, consagrando las siguientes funciones *“expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución y aquí resaltó o cualquier trámite pensional de los extrabajadores de la CIFM”* mientras que a la fiduciaria en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo, dicha responsabilidad legal en virtud del otro, número uno del



contrato de fiduciaria mercantil 3-1-0138 en el que se estipuló la custodia de la documentación de la entidad empleadora a folio 823, al señalarse expresamente lo siguiente: “para la adecuada ejecución del presente contrato la CIFM se da para la Fiduciaria el contrato que para el efecto tiene suscrito, cuyo costo se asumirá como gasto de administración, con cargo a los recursos del fideicomitido”, sin que sea posible, acoger el salario descrito en el numeral 65 del escrito de demanda, pues además de que no se probó que todos los que hubiese devengado aquellos rubros que se escriben en ese numeral y nótese que como lo mencioné al referirme o al hacer referencia al salario que se ha de tomar como referencia, es el devengado para la fecha en que finalizó el vínculo laboral más no aquel que devengó mes a mes. Razón por la cual respecto de este numeral se concluye que les corresponde a Asesores en derecho en colaboración o mancomunadamente con la Fiduprevisora reportar los salarios que devengó el señor Germán Tulio Solís, a la finalización del vínculo laboral a efectos de que Colpensiones tome este salario como referencia, a fin de calcular o determinar el valor del cálculo actuarial.

Ahora, en cuanto al pago del cálculo actuarial, es decir en cabeza de, quien está el porcentaje, voy a traer a colación lo referenciado en la sentencia 1515 con radicación 50481 del 3 de mayo del 2018, la cual, indicó que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de Seguridad Social por cualquier causa, incluida la falta de cobertura de ISS, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente aquellos períodos, porque en esos momentos estaba bajo su responsabilidad el riesgo, como quiera que lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 el mismo año, normatividad que resulta intrascendente en el caso bajo examen, toda vez la relación laboral que vinculó a las partes finalizó antes de entrar en vigencia esta normatividad, luego la obligación y materia de pensiones, siempre estuvo a cargo del empleador y en esa dirección se ha dicho que la totalidad del pago del cálculo actuarial a cargo de este se justifica porque sería inequitativo e injusto que por la falta de esos aportes se genere un perjuicio al trabajador y se afecte su expectativa pensional máxime que se trata de un lapso en la



que la obligación estuvo a cargo de él y, además porque ello no quebranta la estabilidad financiera del sistema, toda vez que se propicia por la integración de los recursos por parte de los empleadores, con las entidades de Seguridad Social por las cotizaciones sufragadas tal y como se adoctrinó en la sentencia referenciada, por lo que en este caso el empleador deberá asumir el 100% del pago del cálculo actuarial.

Hechas estas precisiones y la responsabilidad de cada una de las entidades demandadas y en atención a que el demandante también solicitó la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta estos períodos cabe mencionar que el acuerdo 049 de 1990 establece que para acceder a la prestación de vejez contemplada en esta normatividad se estableció como requisitos para su causación 60 años en el caso de los hombres y 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo. Asimismo, el acto legislativo 01 limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio del 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente tiempo de servicio al 29 de julio del 2005, a los cuales se le mantendría dicho régimen hasta el 2014. En el presente asunto, el actor cumplió los 60 años de edad, el 20 de febrero del 2005 y de acuerdo con la historia laboral aportada por Colpensiones visible a folio 760 cotizó 170, 51 semanas a dicho régimen, aportes a los que se le habrá que computar el tiempo aquí reconocido y el cual será trasladado a la entidad de Seguridad Social, tal como ya lo mencioné a través de un cálculo actuarial, tiempo que arroja un total de 503,4 semanas, así como aquel que laboró para para la Armada Nacional entre el 15 de julio de 1961 al 1 Julio de 1963, equivalente a 101 semanas y para el Municipio de Buenaventura desde el 26 de noviembre de 1963 al 19 de septiembre de 1971, reuniendo 410,57 semanas en este último lapso para un total de 1685,22 semanas; en este punto es oportuno señalar que la Jurisprudencia de la Sala de Casación laboral había señalado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al ISS, con tiempos de servicios públicos, a efectos de conceder la pensión de vejez, contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 bajo el entendido que esta normatividad no previó



expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la ley 71 de 1988. Sin embargo ante un nuevo estudio en el Alto Tribunal de la Jurisdicción ordinaria Laboral en la sentencia con radicado 7918 del 2020, modificó el anterior criterio para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el acuerdo 049, aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad aplicable por vía de régimen de transición de la ley 100 de 1993 pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS hoy Colpensiones y los tiempos laborados a entidades públicas por lo tanto evidenciado aquí la demandante reunió la totalidad de requisitos establecidos en el acuerdo 049 de 1990 para la fecha en que acreditó la edad que fue el 20 de febrero del 2005, al reunir 60 años de edad y más de 1000 semanas, el derecho pensional deberá ser reconocido bajo la mencionada normatividad sin que el acto legislativo 01 del 2005 haya afectado el derecho pensional pregonado, en la medida que se causó antes de entrada en vigencia del AL en mención; sin embargo el derecho pensional a pesar de que se causó a partir del 20 febrero del 2005, será reconocido a partir del 1 de septiembre del 2008 tal como se indicó en la resolución VPB 5008 del 11 de septiembre del 2013, esto es, a partir del día siguiente a la última cotización que se efectuó en el ciclo de agosto del 2018 en la medida que el acuerdo 049 de 1990 en su artículo 13 y 35, estableció que para la liquidación de la mencionada prestación se deberá tener en cuenta hasta la última cotización efectuada o realizada hasta el mes de agosto del año 2018: además, esta totalidad de semanas que fueron recaudadas o efectuadas por el autor permitió que su tasa de reemplazo ascendiera a un total del 90%, razón por la cual la pensión será reconocida a partir del 1 septiembre del año 2008, para su liquidación Colpensiones deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 21 de 1993, esto es con los últimos 10 años cotizados o aquellos salarios reportados durante toda su vida laboral, si le fuere más favorable.

Referente a la excepción de preinscripción frente a la reliquidación de la mesada pensional habrá que indicarse que la reclamación frente a la reliquidación de derecho pensional teniendo en cuenta lo establecido en el acuerdo 049 de 1990 se efectuó el 18 de noviembre de 2014 frente a lo cual



no se evidencia respuesta por parte de Colpensiones y la demanda fue presentada el 13 de enero del 2015 folio 526, fue radicada la petición que sirve de base para contabilizar el término, por lo que aquellas mesadas causadas al 18 de noviembre del 2011 se encuentran prescritas, debiendo Colpensiones realizar la reliquidación o pagar a partir del 18 de noviembre del 2011 teniendo en cuenta una mesada que aplique al realizar la fórmula establecida en el artículo 21 de la ley 100 de 1993 y una tasa de reemplazo del 90% sin que haya lugar al pago de intereses moratorios en la medida que el acuerdo 049 de 1990, que permitió la acumulación de tiempos de servicios con semanas cotizadas al ISS en virtud de un precedente jurisprudencial lo que quiere decir que en su momento como se evidencia del acto administrativo que reconoció el derecho pensional del actor el estudió el régimen de transición, pero la ley que consideró aplicable era la ley 71 de 1988, en la medida que el acuerdo 049 no le era aplicable, razón por la cual consideró que la entidad aplicó la normatividad que en ese momento regía la materia y solo a través de la presente sentencia y en virtud de un pronunciamiento jurisprudencial, es que se está dando aplicación al acuerdo 049 de 1990, razón por la cual considero que dado que la entidad actuó conforme a los parámetros legales y aplicó la normatividad que era, no habrá lugar al pago de los mencionados intereses moratorios, sin embargo, el retroactivo pensional que se genere desde el 18 de noviembre del 2011 producto de la reliquidación, deberá ser indexado al momento de su pago y sobre el cual también se autoriza a la entidad de Seguridad Social a realizar los descuentos por aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

Por último, frente al incremento del 14%, la Honorable Corte Constitucional a través de la sentencia, SU 140 del 2019 estableció que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes, con fundamento en que, con la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones, cambio que no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya tuvieran derechos adquiridos o inclusive una expectativa legítima sobre los requisitos que han de cumplir para acceder a la pensión que por lo anterior se expulsó la ultra actividad de unos determinados aspectos del sistema



pensional anterior, esto es solamente respecto de la edad, tiempo y monto, y que ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la ley 100 de 1993 o una derogatoria orgánica del régimen anterior, dentro de lo cual se encontraba los referidos incrementos. El Alto Tribunal Constitucional, en la referida sentencia de unificación precisó que el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, todo ello sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que esta fuera reformada por el acto legislativo 01 del 2005. En este orden de ideas, se concluye que la prestación solicitada nunca formó parte integrante de la pensión de invalidez o vejez y por tanto fueron considerados como derechos de excepción a quienes cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de los reglamentos de invalidez, vejez y muerte del ISS, con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993. Por lo tanto, al no haberse incluido como integrantes dentro del tránsito legislativo de 1993, no existe razón alguna que justifique su existencia dentro del sistema general de pensiones, como tampoco se encontraban contenidos entre los derechos que contempla el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, dado que es bien sabido que el régimen de transición establecido en la norma garantiza únicamente la aplicación de los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto del régimen pensional al cual se encontraba afiliado a la aseguradora antes de la vigencia de la ley 100 de 1993. En este orden de ideas, dado que estamos frente a una sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional, considero que debe acogerse a los postulados de la misma, por encontrarlos ajustados a criterios de razonabilidad y a los fines del sistema de Seguridad Social. En consecuencia, se considera que los incrementos pensionales solo se encuentran vigentes para quienes causaron su derecho a la pensión con anterioridad al primero de abril de 1994 en la aplicación del acuerdo que los consagra. Así las cosas, y atendiendo en este orden de ideas, atendiendo a lo acabado de exponer entonces emitiré de sentencia condenatoria.



En el entendido que se concluye básicamente que en el presente asunto quedó definido que el demandante prestó sus servicios a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante que, en virtud de ese contrato, la entidad estaba en la obligación, aun cuando de no asumir el riesgo, realizar aprovisionamiento a efectos de trasladar ese dinero para que él formará parte del monto o del aporte para que el mencionado trabajador accediera a una pensión de vejez, que por lo tanto le corresponde a Colpensiones efectuar el respectivo cálculo actuarial atendiendo el salario, conforme el certificado mancomunadamente por la Fiduprevisora y Asesores en Derecho al momento de la finalización del vínculo laboral; que Asesores en Derechos debe en su calidad de mandataria con representación de Panflota, emitir la respectiva resolución a través del cual se reconozca y ordene transferir a Colpensiones el valor correspondiente al cálculo actuarial, asimismo que a la fiduprevisora de ese patrimonio autónomo de Panflota, le corresponde pagar a Colpensiones ese cálculo actuarial y que a Colpensiones le corresponde, una vez obtenido o pagado ese cálculo actuarial proceder a la reliquidación de la prestación, y finalmente que la Federación Nacional de cafeteros, es responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de ese cálculo actuarial, siempre y cuando dada su responsabilidad social subsidiaria, la fiduciaria, la previsora en su condición de administradora del patrimonio autónomo Panflota no cuente con los recursos económicos para asumir tales obligaciones, y se absolverá al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las súplicas invocadas en esa demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** recurrió señalando que, lo primero que tenemos, que recordar es que mediante las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y en el cumplimiento del artículo 51, 52 y 53 del Código sustantivo del trabajo, las demandadas tienen que probar cuáles eran los días de licencia y no lo probaron. Es más, la mayoría de esos 135 días son de la huelga y en cumplimiento a la sentencia, C 193 del 2000 y la C 1039 dicho tiempo no pueden ser descontados para aportes de la Seguridad



Social, así lo establecieron dichas sentencias que son de obligatorio cumplimiento. Por lo tanto, no se deben descontar esos 135 días y debe ser la totalidad del tiempo trabajado tal y como lo estableció la Corte Constitucional para dicho tema, ahora bien, para el tema del salario, efectivamente, para ello está aportado no solamente la Convención de 1957, donde se establece con certeza jurídica que el salario básico, la prima de antigüedad, la alimentación, alojamiento y los viáticos son salarios y así está establecido en el contrato de trabajo y las convenciones, lo único que hacían era modificarlo, pero para el caso de las primas extralegales de servicio debemos recordar que el Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia del proceso 2018-30 del juzgado 18 María Eloísa Verano contra estos mismos demandados, declaró que las primas extralegales son salario, que quiere decir que se le tiene que sumar el 25% no el 8,3 cómo está en la liquidación final. Que el Pacto Nueva York el cual es ley para las partes, de acuerdo al laudo arbitral de 1981, dispuso el aumento de una quincena prima de servicio, frente a la cual la empresa aceptó dar el tratamiento de salario de que trata el artículo 127 a partir de la fecha, al aumento de una quincena en diciembre sobre la prima de servicios aprobada en el laudo arbitral del 5 de julio de 1964. Esas primas fueron aumentadas en el laudo arbitral del 23 de marzo de 1973, allí se aumentó a dos salarios en junio y dos salarios en diciembre y se dijo que tendría todos los efectos legales; por lo tanto, esas primas son salarios. Precisamente, en el estudio de viabilidad económica folio 801, aportado por la Federación Nacional de Cafeteros, los que hicieron dicho estudio lamentan el infortunio del auto arbitral de 1973 y ratifica que todos esos elementos constitutivos son salarios, todos elementos, como son el salario básico, la prima antigüedad, la de alimentación, alojamiento, horas extras, dominicales, festivos, trabajo ajeno. Que el actor tenía horas extras, diurnas, nocturnas, festivas y dominicales los 365 días al año porque era cocinero por lo que si hubiesen aportado la Hoja de vida y si hubiesen aportado las sábanas de la prima legal ahí está, condensado. No se necesita que Fiduprevisora y Asesores certifiquen nada, ahí está condensado claramente lo que devengó del trabajador, semestre por semestre. Precisamente haciendo una idea general, el salario para 1971 supera los 143.30 dólares para 1972 supera los 271.14 dólares, para 1973 supera los



239 dólares, para 1974, supera los 254.64 dólares, para 1975, 256.49, para 1976 299.86, para 1977 301,18, para 1978, 352.26, para 1979 459.26, para 1980 469.27 y para 1981 supera los 470 dólares, hay que tener en cuenta que, a partir del primer día del tercer año, aparte del salario básico, se aumentaba en el 5% del salario y el primer día del quinto año, se aumentaba en el 10% y de ahí en adelante se aumenta el 1% adicional.

Por ello, es claro que el señor para el último año, tenía una prima antiguada del 15%, tenía un salario básico de 193,10, Tenía unos valores de dominicales que sumaban más de los 81 dólares, tenían extras que superaban los 151 dólares, tenía un recargo nocturno porque el horario del señor era de 6 a 10 de la mañana de 11 a 1 y de 5 a 8 de la noche. Siempre es el horario tal como se comprueba en la hoja de vida, aparte de eso, la empresa le sumaba la alimentación, alojamiento que para la época de 1981 era de 126 dólares que es salario de acuerdo al artículo segundo, literal b del contrato de trabajo y los viáticos que no se han establecido, pero que la hoja de vida de valores en la hoja de valores está absolutamente toda la información para que un salario superior a los 470 dólares más el 8.36% pero, realmente de acuerdo a la sentencia del tribunal se debe sumar el 25%, porque todas las primas extralegales no salieron, porque jamás en ninguna convención desde 1957 hasta 1998 se dijo que no fuera salario y de acuerdo a la última jurisprudencia de la Corte se ha indicado que era salario; por lo tanto, ahí se debe modificar el tema salarial y obviamente, se debe modificar el tema de los días, porque esos 135 días, de acuerdo a las sentencias de la Corte, no pueden restarse.

Ahora bien, también hay que hacer una precisión y es que, efectivamente, el patrimonio autónomo no tiene plata, por lo tanto, es la Federación Nacional de Cafeteros la que debe pagar dicha sentencia judicial, con la última sentencia de Nicolás Sabogal y la proferida el viernes en el proceso del señor Ricardo Salgado contra estas mismas demandadas, donde nuevamente estas demandadas pierden y les indican que todos esos argumentos que van a exponer ahora en la apelación ya no son de recibo



para la Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, porque nuevamente son condenadas a pagar el cálculo actuarial.

Indica que Colpensiones deberá tener en cuenta todos los salarios para reliquidar la pensión tal y como lo estableció el despacho; que debe modificarse ya que dependiendo de la hoja de valores deberá reliquidarse el salario, en el caso de absolver al Ministerio de Hacienda desde la ley 66 de 1942 quedó claro que el Estado colombiano se sufragaría de todas las deudas que quedaran del Fondo Nacional del Café por si se quiebra, ya ha venido haciendo esas maniobras dilatorias la Federación Nacional de Cafeteros, ha creado otros dos fondos con los cuales pretenden desaparecer el Fondo Nacional del Café para que no se dé cumplimiento a esta sentencia judicial, por esta razón el Ministerio de Hacienda debe quedar en cumplimiento al artículo cuarto de la ley 66 de 1942 que en concordancia con lo que dijo el Consejo de Estado del 15 de febrero del 2001 y es que el Estado debe responder por las obligaciones insolutas de la Flota Mercante Grancolombiana, por ello está demandada porque es el dueño del fondo nacional del café y como dueño de la Flota Mercante Grancolombiana debe responder, una vez que ese fondo se extinga debe ser la Nación la que pague esos emolumentos, de hecho ahora cursa un proyecto de ley el cual se pretende que mediante una ley sea la nación la que cubra los derechos pensionales que no están incluidos los cálculos actuariales por esto debe continuar demandada, el demandante no debe pagar costas del proceso porque cumplió la ley y traer a colación todos los demandantes desde el proceso del 2002-46 se dijo que deberían estar todos estos actores por ello así se demandara aparte de eso Colpensiones debe pagar no solamente condenarse en costas si no también los intereses moratorios en cumplimiento a la sentencia SU 065 del 2018 pero también en cumplimiento de la sentencia SL 3130 del 2020 donde la corte Suprema de Justicia Sala Laboral cambio su línea Jurisprudencial no condenaba los intereses moratorios y cumpliendo la orden de la corte constitucional en la SU 065 cambia su jurisprudencia y hoy condena a intereses moratorios por cuanto esos intereses suplen el retraso en el pago de la mesada que le corresponde como derecho y además están condensados los perjuicios que se le causaron



al autor por este se ordena que deben ser los intereses moratorios por ello cumplimiento de dicha jurisprudencia SL3130 del 2020 y a la SU 065 se lo solicita al honorable Tribunal condenar a Colpensiones a los intereses moratorios y Costas del proceso por incumplimiento a la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia.

La **demandada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** interpone recurso de apelación argumentando que no se tuvo en cuenta cada uno de los aspectos señalados en el escrito de contestación señalados frente a todo lo expuesto, lo siguiente como punto de partida que el patrimonio autónomo Panflota no se constituyó para ser receptor de derechos y obligaciones de la extinta flota mercante, al contrario, el fidecomiso fue creado como un mecanismo para la terminación del proceso liquidatorio de la Flota y no para suceder en obligaciones a la sociedad liquidada, tal como se indicó en sentencia del 22 de enero del 2015, radicado 2012-456 de la sala laboral, cuya copia obra en el expediente. Adicional a esto hay que tener en cuenta que el vínculo entre Fiduciaria la Previsora y la Compañía Flota Mercante en liquidación, es única y exclusivamente contractual y las obligaciones de la Fiduciaria emanan en virtud del contrato que está aportado dentro del proceso; así las cosas, es pertinente señalar al honorable despacho que Fiduciaria la Previsora SA en su condición de vocera y administradora del patrimonio autónomo Panflota de conformidad con las obligaciones emanadas del contrato de fiduciaria mercantil, el objeto del mismo limita la capacidad que tiene mi representante administrador y vocera de dicho patrimonio en cuanto no puede realizar pagos de mesadas pensionales que le hubiesen sido entregadas y de los aportes a la EPS, aunado a lo anterior, considera que el despacho no hizo alusión alguna a las decisiones del juez del concurso emitidas dentro del proceso liquidatorio de la extinta flota que obran en el expediente y sobre las cuales se edificaron las excepciones de mérito y, por ende, el ejercicio constitucional de derecho a la defensa esbozada ahora en el transcurso del proceso conforme al artículo 116 de la Constitución Política, excepcionalmente, la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, en este caso a la superintendencia de sociedades quien tiene la facultad constitucional



de administrar justicia, cuyas decisiones constituyen decisiones judiciales amparadas de presunción de acierto y legalidad y, por ende, obligatorias y no pueden ser omitidas ni por los particulares ni por las autoridades públicas como jueces de la República, las providencias omitidas o que se consideran omitidas en esta instancia, entre otras, está el auto número 400017782, en el cuál, la Supersociedades en uso de sus funciones jurisdiccionales indicó que las obligaciones dinerarias están a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros y en ningún momento se trasladarán a Fiduciaria la Previsora, el despacho no motivó, porque esta premisa no era aplicable y procedió en el sentido contrario dicho acto jurisdiccional trasladó de forma principal al patrimonio autónomo Panflota la obligación dineraria que se considera está a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, pero si el despacho no extrajo de la providencia citada que el patrimonio autónomo no se constituyó como una barrera burocrática para restar eficacia, a la responsabilidad subsidiaria que el legislador instituyó a cargo de la sociedad matriz.

A su vez, las Superintendencia de sociedades definió la responsabilidad del patrimonio autónomo, Panflota, así como sus obligaciones derivadas del contrato de fiducia ya señalado, dejando sentado que el patrimonio autónomo solo cumple una labor meramente instrumental, careciendo de toda relación jurídica sustancial con los trabajadores de la extinta flota, ya que el patrimonio es solo un medio de pago de las mesadas pensionales; el patrimonio autónomo solo se limita a realizar los pagos que de por sí les sean autorizados, también se considera que frente a la sentencia de primera instancia, una violación del precedente de la Corte Constitucional ya que se omitió aplicar el presente establecido en la sentencia de SU 1023 del 2001, en la cual la Corte determinó que la Federación Nacional de cafeteros del Fondo Nacional del Café, tiene el deber de destinar los dineros suficientes y necesarios, de tal manera que se garantice el pago de las mesadas pensionales adeudadas y las que le sean exigibles hacia futuro y luego resolvió que corresponde a la Federación Nacional de Café garantizar el pago hacia el futuro y de manera oportuna las mesadas pensionales y los aportes a las entidades prestadoras del servicio de salud.



En ese orden, se considera que el despacho omitió dar por probado que el garante de las obligaciones dinerarias de forma principal y no subsidiaria es la Federación Nacional de Cafeteros, también se resalta que la responsabilidad de Fiduciaria la Previsora pues, de acuerdo con el contrato y, resaltando ya un poco lo expuesto, se observa que el objeto de la condena escapa a las posibilidades de la fiduciaria, teniendo en cuenta que el Patrimonio Autónomo nació como consecuencia del encargo fiduciario y solo puede estar destinada al pago, digamos que se reiteran esas mesadas pensionales y contingencias jurídicas que de manera expresa se hubieran entregado a la fiduciaria en la cláusula segunda del contrato de fiducia, el objeto quedó pactado en los siguientes términos “el objeto del presente contrato es la Constitución de un patrimonio autónomo por parte de la fiduciaria, el cual se denominará fideicomiso Panflota con los recursos y bienes que le sean transferidos por el fideicomitente al momento de la celebración del presente contrato y los recursos que posteriormente le sean transferidos acorde con lo descrito en el presente contrato, con el fin de que la fiduciaria administre tales recursos y lo destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la flota, administrar las contingencias jurídicas que le desean entregar, ya tienen los gastos necesarios para cumplir estos objetivos en desarrollo de lo anterior, según la cláusula cuarta, la obligación expresa que surgió en cabeza de la fiduciaria se ciñó al pago de mesadas pensionales a los pensionados de la compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA; de modo que no puede hacerse extensiva al pago de títulos pensionales o cálculos actuariales, máxime si se tiene en cuenta que la única modificación que se introdujo con el otrosí número uno, consistió en que el patrimonio autónomo constituido también estaría destinada al pago de aportes de salud a las EPS. Así las cosas, y atendiendo también a lo contenido en la sentencia, la SU 1023 del 2001 ya señalada, pues será la Federación Nacional de Cafeteros cómo administradora del Fondo Nacional del Café y la llamada a responder en caso de que así lo considere en la jurisdicción, en este caso el honorable tribunal, pues sería la llamada a responder por las condenas impuestas en el presente proceso.



Asimismo, se hace referencia a la condena en costas, considerando que hubo una debida aplicación del artículo 365 del Código General del Proceso, en lo que se refiere a que hay que indicar en que la condena en costas solo opera por sentencia. En este sentido, el despacho condicionó la condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, en caso contrario el despacho a modo de responsabilidad que tiene incluso condena en costas basado únicamente en la oposición a la demanda o la condición de ser parte vencida, por lo cual también respecto de la condena en costas se interpone el referido recurso.

Por su parte, **ASESORES EN DERECHOS S.A.S.** interpuso recurso de apelación argumentando que el fallo no tiene lógica bajo los argumentos que expondré, se debe tener en consideración en primera medida que el operador judicial está ligado, independientemente sea un juez transitorio, o sea el juez principal a ponerle sentido a las actuaciones que se dilucidan en la jurisdicción, a los honorables magistrados se les hace este hincapié por cuanto el juzgado 21 laboral del circuito, el encargado de primera medida de llevar a cabo este proceso se ordenó, entre otras, allegar las documentales aludidas por la parte actora, cuál es la condición de las mismas, pues justamente era acreditar las condiciones particulares del afiliado del demandante para efectos de poder establecer con un juicio de razonabilidad, proporcionalidad y demás, constitucionalmente ya ligadas, las condiciones particulares y así poder emitir condena o el fallo de los cuales hoy se hace el recurso, este es el primer punto que el despacho debía tener en consideración y por qué se hace esta salvedad, el despacho en primera instancia hizo manifestaciones sobre las competencias y actividades que esta facultad, Asesores en Derecho; sobre estas, señaló muy bien el despacho en primera instancia, estar hablando de un contrato de mandato con cargo al patrimonio autónomo de Panflota; no obstante, al entender esa facultad el despacho de manera muy curiosa señala que, entre las obligaciones estipuladas o contractuales de Asesores en Derecho, la obligación primera se puede entender a criterio de interpretación y no señala cuál es el criterio de interpretación exegética, hermenéutica o literalidad hace una interpretación en la cual se entiende per se por parte del despacho



que asesores en derecho es quien debe asumir las cargas de acreditar efectivamente cuáles son los salarios del demandante. No se entiende la lógica; Primero, para efectos de entender eso, establecer el criterio interpretativo, el despacho está obligado a señalar cuál es esa facultad de interpretación, sobre esa particularidad se debe llamar la atención.

En segunda medida que Asesores en Derecho suscribió contrato de mandato con la Extinta Flota Mercante, y no con el patrimonio autónomo de Panflota; que Asesores en Derecho acepta las funciones establecidas en este contrato de un patrimonio autónomo, es decir, una entidad o un ente ficticio que se crea para efectos de sufragar los gastos. Nos está diciendo que se va a crear un patrimonio autónomo para que siga siendo empleador, es ilógico. Pero bajo la lógica, que ya muy bien se conoce, este contrato de mandato única exclusivamente les faculta a Asesores en Derecho a expedir resoluciones bajo mandato judicial o segundo, bajo los criterios que efectivamente se puedan establecer en lo que el caso ocupa, incluso se debe tomar la razón del togado del demandante; que la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa y ha tenido grandes procesos en estos temas y sobre la misma no ha hecho un kit de interpretación tan ilógico como el despacho en primera instancia, al señalar que efectivamente, Asesores en Derecho deba asumir cargas diferentes a las que aquí están contenidas; que en el numeral cuarto de la sentencia, señala que debe de manera mancomunada con la Fiduprevisora establecer el salario real del demandante para el momento de la desafiliación al sistema.

Que es un fallo sin sentido, si lo miramos estrictamente bajo la sentencia de constitucionalidad, entre éstas, la sentencia 388 del año 2000, se entiende que la Corte Constitucional de manera muy simple pero muy efectiva, señaló que al no existir prueba siquiera sumaria que permita acreditar efectivamente cuáles son los salarios que se establecen para las personas, se deben presumir bajo una presunción legal, efectivamente, un salario mínimo. Es la lógica y es simple, el despacho en primera instancia impone la carga primero estamos soslayando un principio, como es el onus probandi quien arguye un hecho, es quien debe probar, lastimosamente, este



apoderado pierde de vista por su gran ausencia, que el despacho no tuviese en cuenta los alegatos. Si existe una carga probatoria es para la parte demandante, bajo criterio de la Corte Constitucional, que ha explicado diferentes decisiones entre estas, la sentencia de constitucionalidad, la C 186 del año 2016. Que los fallos deben realizarse en equidad y justicia, pero acá se están imponiendo cargas a las partes y a Asesores en Derecho, que es un mandatario como si fuera el empleador, es tan ilógico, como si el despacho a la hora de imponer costas hubiera dicho que las costas se hubiesen impuesto propiamente al apoderado que está en la diligencia. Las costas se impusieron en el caso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o en lo que el tema respectaba se impusieron las costas al demandante, no al apoderado, pero el despacho pretende que el contrato de mandato le da un sentido diferente a los que él mismo tiene establecido; sobre ello entonces, se debe tener en consideración, si, el Juzgado 21 ordena la incorporación de los documentales de Iron Mountain; Iron Mountain tiene contrato con Asesores en Derecho, no, tiene contrato con la Fiduprevisora; sobre esas documentales, Asesores en Derecho no tiene ninguna injerencia, cómo el despacho va a solicitar que Asesores en derecho expida el salario, ¿cuál es la justificación?, una interpretación que ni siquiera señala cuáles y un operador judicial, no puede ser aceptado que salga con un criterio de estos, ni siquiera tiene lógica con lo que se está llevando en el mismo proceso.

Se debe señalar igualmente y puso unas costas de millón y medio para asesores en derecho. ¿Por qué no revisan o se le dicen, el Tribunal que el despacho en primera instancia no revisa las documentales que se allegaron?, Si bien es cierto es un expediente bastante extenso, pero es función del despacho revisar y por qué se hace ese señalamiento, Asesores en Derecho, como se hizo en su mención en su parte de alegatos conclusivos que ni en la contestación de la demanda y como señalan este recurso de apelación. La resolución número 61 del año 2015 dio cumplimiento a un fallo de tutela, este cumplimiento del fallo de tutela, que se demuestra primero las obligaciones de Asesores en Derecho si las demás entidades no responden Asesores en Derecho, tiene que asumir cargas, si las demás



entidades tienen que tener un trámite distinto, Asesores en Derecho tiene que asumir estas cargas. A razón de qué se pone el millón y medio por, pues es que es lógico que sea una imposición cuando ya se hizo cumplimiento a las obligaciones emanadas por sentencia de tutela que, si son de cuatro meses, pues no vuelven a colocar tutelas, pero, las obligaciones ya fueron sufragados en su momento para Asesores. En estas vulneraciones, incurrió el juzgado en primera instancia para la toma de su decisión no pueden ser aceptados; como se dijo, asume unas cargas de asesores, como si fuera un empleador, segundo está colocando una obligación que va a ser imposible de cumplir por Asesores en Derecho y bajo un principio del derecho romano, nadie está obligado a lo imposible. ¿De dónde quiere el despacho que se les diga el salario? El apoderado del demandante incluso lo señala, esos documentales se cuentan, es de Iron Mountain con los documentales de la hoja de vida, con todas las documentales. Él no es custodio, él no es garante, él no es administrador de las documentales, no tiene nada que ver con documentales, porque les imponen esas cargas a asesores, simplemente para darle fuerza a un fallo.

Por su parte, la **Federación Nacional de Cafeteros** interpuso recurso de apelación argumentando que el señor, apoderado judicial de la parte demandante, sin fórmula de juicio y sin sustento alguno, incluyó dentro de sus menciones la adopción de presuntas acciones dilatorias por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café para incumplir órdenes judiciales. Situación que, además de alejarse por completo a la realidad, no tiene nada que ver con nuestra controversia. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su especial condición de administradora del Fondo Nacional del Café en sustento del recurso de alzada, me permitiré mencionar que dentro de las presentes diligencias hay elementos de juicio suficientes para que la decisión inicial sea revocada y para que en sede de segunda instancia se emita, sentencia absolutoria y que abarque la posibilidad de que le asiste al fallador del turno de apartarse del precedente judicial, usado como sustento de la sentencia de la decisión objeto de inconformidad.



Que se le ruega al fallador de segunda instancia que realice un nuevo estudio referente a la configuración del fenómeno de la cosa juzgada dentro de las presentes diligencias, el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de agosto del año 2014, sentencia que resuelve una acción de tutela promovida por el señor Solís en compañía de otros ex trabajadores de la desaparecida Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, esa alta corporación emitió una decisión de carácter transitorio y de igual manera, instó a los beneficiarios de dicha orden a acudir ante la jurisdicción ordinaria. Eso está perfectamente claro y es incontrovertible, pero también resulta evidente que en virtud de dichas órdenes. Se emitieron una serie de datos que surgieron a la vida jurídica y que cobran plenos efectos respecto de este proceso, haciendo innecesario un nuevo pronunciamiento en cuanto al reconocimiento del título pensional, perseguido. En primer término, como lo mencionó el señor apoderado judicial de asesores en Derecho, dicha mandataria expidió la Resolución 61 del año 2015 reconociendo cálculo actuarial en favor del señor Germán Tulio Solís con lo cual se encuentra satisfecho el objeto primordial perseguido ante la jurisdicción ordinaria laboral y concretamente perseguido a través de este trámite. Pero adicionalmente, respecto de la decisión constitucional, los accionantes han procedido a iniciar incidente de desacato entre otras, condujo a que la sentencia inicialmente proferida fuera modulada y que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profiriera órdenes como las consignadas en auto emitido el pasado 15 de marzo de los corrientes en donde se incluyen órdenes perentorias dirigidas a Colpensiones, Fiduprevisora y a mi representada, muy seguramente como hecho sobreviniente cuando ya estemos en segunda instancia, la verificación del cumplimiento de esas órdenes perentorias se encontrará contrastado y por eso, desde ya se pone de presente esta específica circunstancia para que sea tenida en cuenta por el honorable Tribunal Superior de Bogotá y proceda a declarar el fenómeno jurídico de la cosa juzgada dentro de las presentes diligencias y cual indudablemente se configura en virtud de las órdenes emitidas en sede constitucional, que vuelvo y repito se proyectan y generan plenos efectos respecto de este trámite ordinario, haciendo que devenga en innecesario un



nuevo pronunciamiento respecto de las órdenes de emisión, liquidación y cancelación de un cálculo actuarial en favor del señor Germán Tulio Solís.

Que se cuestiona la decisión recientemente proferida y se ruega al fallador de segunda instancia que la revoque, ya que la misma resulta abiertamente incongruente, bajo ninguna circunstancia podemos olvidar que el artículo 281 del Código General del proceso indica que cualquier decisión de orden judicial debe guardar estricta consonancia con los hechos y pretensiones planteados por el promotor de cualquier acción.

Que el propio extremo demandante optó por enfilear en su demanda, encontramos que, en su estructura, mediante la cual fijó el marco procesal, marco litigioso que determina el campo de esta controversia, optó por formular dos tipos de declaraciones o de pretensiones; pretensiones principales y pretensiones de tipo subsidiarias dentro de las pretensiones principales no aparece mi representada; mi representada viene a aparecer en la petición 13^a, formulada, como ya lo había mencionado, a título subsidiarios de la petición quinta. Entonces revisemos que reclama a través de la súplica consignada en el referido numeral quinto y menciona que se condene a la Fiduprevisora en su calidad de administradora del patrimonio autónomo, Panflota a pagar a Colpensiones el título pensional que le corresponda al señor Germán Tulio Solís por el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran colombiana SA., pretensión que estimó el declarar procedente el fallador de segunda instancia o saliendo avante la misma y por lo tanto quedando vedada la posibilidad de que se procediera, siquiera al estudio de las pretensiones formuladas a títulos subsidiario y de esta manera, quedando demostrada la incongruencia que afecta a la decisión adoptada por parte del fallador inicial y que deberá ser subsanada por parte del fallador de segundo grado, procediendo a revocar las órdenes impuestas en contra de mi demandada, valga la pena mencionar que el ejercicio de pretensiones principales y subsidiarias implica que, en virtud de la procedencia del reconocimiento de las peticiones formuladas a título principal, deja completamente proscrita la posibilidad de reconocimiento de pretensiones subsidiarias, resulta completamente ilógico la concesión



simultánea de pretensiones principales y subsidiarias, mucho más aún cuando es la propia parte accionante quien realizó la escogencia de esta estructura argumentativa a la hora de promover y hacer ejercicio de su derecho de acción o la señora juez hizo ese ejercicio de una manera apropiada cuando declaró y absolvió al Ministerio de Hacienda de todas las pretensiones formuladas en su contra, ya que habían sido formuladas a título subsidiario, pues en virtud de la prosperidad de las pretensiones formuladas a título principal debió proceder de manera similar en lo que respecta a la federación y debió también proceder a absolverla, por eso ruega al honorable tribunal que proceda a tener en cuenta lo que se está exponiendo y en virtud de la procedencia de lo reclamado a título principal declare la absolución de la Federación Nacional de Cafeteros, en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, de igual manera, se plantean cuestionamientos en cuanto al estudio realizado por el fallador inicial en el tema atinente a la responsabilidad subsidiaria, figura o vehículo, en virtud del cual se formulan y se imponen cargas en contra de mi representada, la señora juez indudablemente realizó un estudio relativo a la causal, incluida dentro de las probanzas allegadas al plenario por parte de la federación en cuanto a que la eliminación de la reserva de carga no fue la única causal que motivó la extinción de la desaparecida compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Pero de igual manera, obvió el estudio de las demás causales que motivaron el mencionado infortunio y que se encuentran condensadas en todo un catálogo de las mismas, dentro del cual una lectura del mismo permite advertir que ninguna es achacable a mi representada por solo citar algunas de ellas, yo he de traer a colación en este recurso y sin extenderme más de la cuenta causales como las debidamente establecidas y relacionadas con el tratamiento similar al de una empresa estatal o semi oficial en cuanto a costos que se le daba, la flota Mercante Gran Colombiana y lo cual le imponía todo tipo de sobrecostos, como si fuera una empresa por la cual se ocuparía de responder el presupuesto público esto contrastado con el tratamiento de empresa privada que recibía la aludida compañía respecto de sus clientes y sus competidores de igual manera, como causa también se menciona la reducción progresiva de frentes marítimos y, adicionalmente, por si fuera poco, tan solo



acudiendo a alguna de las causas mencionadas como principales, el hecho de que la Flota Mercante Gran Colombiana, no obtenía utilidades desde el año de 1959 fruto de su negocio marítimo, sino que en los recursos obtenidos provenían de negocios no operativos, como inversiones financieras, ingresos por venta de buques y, adicionalmente, como una de las últimas causas que voy a citar se encuentra la desproporcionada carga prestacional y pensional que debía afrontar la compañía.

Se le ruega al honorable tribunal que realice un reestudio y proceda a verificar si es verdad tal cual lo afirma este extremo de la litis que mi representada procedió a derruir la mencionada presunción de responsabilidad subsidiaria establecida en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 pero adicionalmente, en lo atinente a la figura de la responsabilidad subsidiaria que bajo ninguna circunstancia podemos permitir que se tenga como fórmula de juicio como fórmula de solución lo consignado en la sentencia, SU 1023 de 2001, citado por varios de las partes intervinientes en este juicio, valga la pena aclarar primero que esa sentencia tiene un destinatario específico dentro de ese grupo poblacional no se encuentra incluido el señor Germán Tulio Solís infortunadamente, ya que la sentencia cobra plenos efectos respecto de los pensionados de la Flota Mercante Gran colombiana, calidad que no ostenta el aquí demandante y dicha sentencia fue clara, si realizamos un análisis integral de la misma y la Corte no realiza ningún tipo de razonamiento referente a la configuración de la responsabilidad subsidiaria en cabeza de mi representada, para dar claridad, me doy en la obligación de citar puntualmente lo referido por la Corte Constitucional en la parte de pronunciamiento para tal efecto “Esta orden tiene carácter transitorio que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones de la Compañía de Inversión de la Flota Mercante en liquidación obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, asunto que es de competencia de los jueces ordinarios” aunado a esto, le ruego al fallador de segunda instancia que tenga en cuenta que existen pronunciamientos que tampoco fueron considerados en el fallo que se cuestiona como el proferido por el H. Consejo de Estado mediante concepto proferido el día 15 de febrero del año 2001 con radicación 1307, en donde se dejó sentado lo siguiente, “la Federación



Nacional de Cafeteros y al Fondo Nacional del Café no le es imputable responsabilidad alguna por las acreencias, pensionales y laborales de la Compañía de Inversiones de la Flota mercante SA, que sea por las razones expuestas en la parte considerativa de esta consulta” en ese orden de ideas hay un concepto emitido por una corporación de la más alta calidad que dice que no es la llamada a hacerse cargo de obligaciones pecuniarias o económicas derivadas de derechos pensionales de los ex trabajadores de la desaparecida Flota Mercante Grancolombiana y adicionalmente, para terminar con este tema relativo a la responsabilidad subsidiaria, les ruega a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá que tengan en especial consideración las particularidades, las especificidades que denota que se haya ordenado el pago de una serie de condenas con cargo a unos recursos de naturaleza parafiscal con destinación específica como lo son los recursos del Fondo Nacional del Café respecto del cual mi representada tan solo funge como administradora, no como titular ni como propietaria, funge como administradora en virtud de un contrato de administración suscrito con la nación colombiana pero bajo ninguna circunstancia es autónoma y reitero, no es ni la titular ni la propietaria del aludido fondo. Por lo tanto, no puede disponer indiscriminadamente de los mismos tal y como se vería obligada a hacerlo en virtud de las órdenes que ahora se controvierten y se suplica sean revocadas.

Pasando a otro punto de inconformidad, se cuestiona el fallo notificado, ya que se desconoce las particularidades del caso que nos ocupa. En primer término, no se tiene especial cuidado en advertir que nos encontramos ante relaciones que se reclaman fueron desarrolladas entre el lapso comprendido de los años 1971 a 1981, y que para tal calenda, los empleadores tenían de manera específica establecidas sus obligaciones en materia pensional y bajo ninguna circunstancia se puede hablar de que existiera una obligación de aprovisionamiento o siquiera algo similar, en la misma no se encuentra clara y específicamente establecida en ninguna disposición legal, ha de tenerse en cuenta y había, sí, declararse que su ex empleador cumplió plenamente con las obligaciones pensionales que se encontraban a su cargo. Resulta



completamente inverosímil que ahora, en el año 2021 y en virtud de la transición entre pensiones patronales y pensiones de vejez se incrementen las obligaciones que se encontraban a cargo de su ex empleador, las cuales, como lo mencioné, no aparecían en ninguna disposición regulatoria, en ninguna disposición legal y por lo tanto, no hay lugar a la condena impuesta en favor del señor Germán Tulio Solís Maxime, cuando la obligación de afiliación, tal cual se ha reiterado en muchas oportunidades a lo largo de este diligenciamiento, tan sólo surgió a partir del día 15 de agosto de 1990, en virtud de las resoluciones expedida por el Instituto de Seguros Sociales con número 03296 de ese mismo año en 1990, fecha sumamente posterior a aquella en la cual culminó la relación o las relaciones laborales reclamadas por el señor Germán Tulio Solís y adicionalmente, debemos advertir que la solución jurisprudencial aplicada, no surte efectos dentro de la presente controversia, ya que si bien la honorable Corte Suprema de Justicia ha reconocido que procede la activación de tiempos laborados y no cotizados para la consecución de alguna de las prestaciones consignadas en nuestro sistema de Seguridad Social, la misma alta corporación ha sido concreta en mencionar que la solución procede única y exclusivamente, cuando el tiempo de servicio es necesario para la consecución de la pensión a cargo de un fondo al cual se encuentre afiliado el reclamante dentro de las presentes diligencias se encuentra plenamente demostrado que el señor Germán Tulio Solís ya goza de una pensión de vejez y advertirse que la solución jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de Justicia en ningún momento contempla una post hipótesis que incluyan la reliquidación de una asignación pensional o situaciones de naturaleza similar, en ese orden de ideas ha de revocarse la decisión proferida en sede de segunda instancia.

Para culminar señala que le gustaría fijar un segundo panorama, un segundo espectro del mismo, y es en caso de que el fallador de segunda instancia considere la confirmación de condena alguna, tenga en cuenta que dentro del marco del equilibrio social y de la coordinación económica y adicionalmente, dentro del marco de la protección adecuada y completa del derecho a la Seguridad Social del aquí reclamante, que es lo que verdaderamente importa dentro de este tipo de controversias, ha de



considerarse una serie de alternativas que modulen la decisión inicial y que morigeren las consecuencias nocivas que la misma produce encontrar de extremos como muy defendida que vale la pena en mencionarlo, jamás puede ser siquiera considerada como una responsable principal, sino eventualmente como una responsable subsidiaria. Dentro de esta exposición y dentro de este recurso de apelación se deja a consideración del fallador de segunda instancia alternativas de condena como las que abundan dentro de la jurisdicción constitucional en sentencias como la T 435 de 2014, T 543 de 2015 y T 281 del año 2020, en donde se reconoce acudiendo a argumentos que resultan perfectamente aplicables en sede ordinaria que en todo este tipo de controversias son producto de una imprevisión de la administración que pudiéndolo hacer no fijó la obligación de aprovisionamiento, lo cual condujo a una omisión reglamentaria y que desencadenó todo este tipo de circunstancias, por lo tanto, la jurisdicción constitucional procura una redistribución proporcional de las cargas, a fin de ofrecer una solución que ahora sí resulte verdaderamente justa. Para tal efecto, se conmina a ex empleadores a realizar cotizaciones, pero teniendo en cuenta salarios mínimos de la época y adicionalmente, en dado caso se reconoce inclusive una eventual responsabilidad del propio Estado dentro de este tipo de situaciones. Convocándolo a que haga parte de la solución de las mismas, pero adicionalmente, se reconoce que al reclamante también le asiste un deber de financiamiento y de contribución frente al sistema y por eso se le conmina a que contribuya con el porcentaje correspondiente de cotización, lo cual no es una novedad ni es un despropósito, así como para solucionar este tipo de controversias, se realiza la aplicación retroactiva de determinadas disposiciones que debemos tener en cuenta, que también existen consideraciones, disposiciones como el Decreto 3041 del año 1966 que imponía deberes de contribución, inclusive de manera tripartita y de igual manera que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, establece cuáles deben ser los porcentajes de cotización a cada una de las partes de igual manera, a título de modulación se deja expresa constancia de que el Decreto 1887 de 1994 no puede ser la fórmula de solución de esta controversia y el cálculo actuarial desarrollado en el mismo tampoco puede generar efectos dentro de este litigio, como primera medida si se revisa el artículo primero



del aludido decreto, el campo de aplicación excluye por completo el caso del señor Germán Tulio Solís y en segunda medida el Decreto 1887, dentro de sus operaciones aritméticas, incluye una indexación que se encuentra plenamente suplida al momento de la conversión de dólares americanos a pesos colombianos de las asignaciones las cuales gozaban los extrabajadores de la Flota Mercante grancolombiana e indudablemente se traduciría en una doble condena por concepto de indexación, situación que no contempla el aducido decreto 1887 y por eso el vehículo para activar estos tiempos reclamados debe ser diferente al contenido de dicha disposición, así mismo su señoría ante el reclamo de dos contratos de trabajo por lo tanto a la hora de establecer cualquier tipo de condiciones en las cuales ha de liquidarse el aludido título pensional, primero se debe liquidar le periodo correspondiente del año 1971 al 28 de octubre de 1981 y segundo el del 10 de noviembre de 1981 al 28 de noviembre de esa misma anualidad, teniendo en cuenta para tal liquidación salarios de cada uno de los periodos laborados, jamás del salario devengado por última vez tal cual lo expuso la señora juez, al proferir su decisión de lo anterior, se estaría dando pie que bajo ninguna circunstancia resultarían representativos y que a todas luces resultarían excesivos y por último, a la hora de establecer el salario indudablemente como máximo se debe tener en cuenta el salario básico devengado por el demandante en ningún momento se debe tener en consideración ningún otro tipo de monumento primero. La prueba del mismo es una carga que se encontraba exclusivamente en cabeza del extremo promotor, a quien le asiste el deber. El supuesto de los derechos que persigue dentro de las presentes diligencias se procedió al cierre de un debate probatorio, sin que se emitiera reparo por medio de recurso o de manifestación alguna por parte de la parte que por parte del extremo demandante disculpeme, por tanto, a la hora del establecimiento de cualquier salario, indudablemente como máximo se debe tener en cuenta el salario básico devengado por el demandante en ningún momento se debe tener en consideración ningún tipo de emolumento, primero la prueba del mismo es una carga que se encontraba exclusivamente en cabeza del extremo promotor a quien le asiste el deber el supuesto de los derechos que persigue de las presentes diligencias, se procedió al cierre de un debate



probatorio sin que se emitiera reparo por medio de un recurso o manifestación alguna por parte del extremo demandante por tanto a la hora del establecimiento de cualquier salario debemos someternos a lo estrictamente probado dentro del plenario no se puede acudir a ninguna otra medida, lo cual implicaría reabrir el debate probatorio y posibilidad que se encuentra completamente vedada dentro del presente trámite y hago un llamado al fallo de segunda instancia para que tenga en cuenta esta específica circunstancia.

Por último, también se plantea reproche en contra de la condena en costas fulminadas por parte de esta sede judicial, recordemos que la solución de este tipo de controversias es producto de la aplicación de una postura jurisprudencial, pero en ningún momento se puede plantear o achacar que la Federación ha desatendido un deber legalmente establecido o que ha incurrido en acciones tendenciosas para no cumplir con alguna de sus obligaciones en ese orden de ideas, la condena en costas resulta completamente infundada, y también habrá de ser revocada por parte del honorable tribunal.

Finalmente, **COLPENSIONES** interpuso recurso argumentando que no son de recibo las condenas impuestas a Colpensiones, pues se aparta totalmente de la postura manifestada por la señora juez, pues no se debe ordenar a Colpensiones realizar la reliquidación de la pensión de la cual ya goza el demandante en virtud del acuerdo 049 de 1990 reliquidación que ordena la señora juez, se le debe pagar desde el 18 de noviembre del 2011 con sus respectivos retroactivo, debidamente indexada. Si bien es cierto la señora juez de Primera Instancia ordena el pago del cálculo actuarial a la Fiduciaria Previsora SA y asesores en derecho en calidad de mandataria en representación de la flota mercante para los periodos comprendidos entre el 21 de septiembre 1971 al 28 de noviembre de 1981 con 135 días de suspensión por 9 años, 9 meses y 18 días es de tener en cuenta que este fallo en su parte resolutive debe ser condicionado y que, una vez se haga efectivo el pago del cálculo actuarial con sus respectivos intereses pagados por la Fiduprevisora y Asesores en Derecho en calidad de mandatario, en



representación de la Flota Mercante y una vez se verifiquen los tiempos a satisfacción de Colpensiones de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dicha entidad podrá dar cumplimiento a la realización de un cálculo actuarial, es de manifestar que en reiteradas oportunidades a través de un proceso Ejecutivo laboral, se ejecuta solamente a Colpensiones a la realización de cálculos actuariales cuando las entidades encargadas de pagar dicho cálculo no han cumplido con la obligación de hacerlo, respondiendo Colpensiones con los dineros de su propio patrimonio para así dar cabal cumplimiento a un fallo judicial.

Igualmente, en cuanto a la reliquidación de la pensión de vejez, no se le puede indicar esta responsabilidad a Colpensiones por la omisión de la antigua Flota Mercante en la afiliación al sistema de Seguridad Social del demandante y como lo acabo de referir una vez se pague el cálculo, será allí cuando se determine la reliquidación que se debe realizar, definir las normas que se deben aplicar por vigencia o transición para regular el derecho el valor de la mesada que corresponde conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones. Esto, acompasado con el artículo 17 de la Ley 1474 de 1997. En igual sentido, de este manifestar que en sentencia del 11 de septiembre del 2013 por el magistrado ponente Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, de la Corte Suprema de Justicia, señaló que frente a la omisión del empleador a la afiliación de sus trabajadores al sistema general de pensiones, señala que, si la omisión ocurría con anterioridad al 26 de diciembre de 1988, vigencia del Decreto 2665 de 1988, la consecuencia para los empleadores era el pago de la indemnización de los perjuicios por dicha omisión, pero se ocurría con posterioridad a la aludida fecha, la consecuencia era la asunción de la obligación personal por parte del empleador, también lo es que dicha postura fue modificada por la sala en el sentido de que, ante la omisión de la afiliación, que traiga como consecuencia la negativa frente al derecho pensional, la consecuencia es una sola y es la obligación del empleador de reconocer el derecho pensional en los términos que lo hubiese hecho, la administradora de pensiones, en este caso, de que se hubiera afectado la afiliación del trabajador en virtud de lo anterior, pues sería la Fiduciaria la Previsora y Asesores en derecho en



calidad de mandataria, representación de la flota mercante al encontrarse en deuda por omisión en la afiliación y pago, la que le competaría liquidar la pensión y responder por esta, ya que a la no afiliación trae como consecuencia jurídica la asunción de la obligación pensional.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por las partes de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y estudiará en CONSULTA en lo desfavorable a COLPENSIONES.

Los problemas jurídicos que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) si el señor GERMÁN TULLIO SOLIS MONTAÑO tiene derecho a que se paguen, mediante cálculo actuarial, los aportes que correspondan por tiempos que laboró para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA entre el 21 de septiembre de 1971 al 28 de octubre de 1981 y del 10 de noviembre de 1981 al 28 de noviembre de 1981, y de ser procedente, (ii) las entidades que tienen a cargo el pago del cálculo actuarial que corresponde por los tiempos laborados para la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en Liquidación Obligatoria; (iii) los parámetros bajo los cuales se debe efectuar su reconocimiento; y (iv) si hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida por COLPENSIONES teniendo en cuenta los periodos que puedan estar a cargo de PANFLOTA para lo cual se definirá los parámetros bajo los cuales se debe reconocer la prestación y la procedencia de los intereses moratorios que reclama la parte actora.

Sea lo primero indicar, que en el presente caso, no existe discusión en cuanto a la prestación de servicios del señor GERMÁN TULLIO SOLIS en favor de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE bajo contrato de trabajo, inicialmente a término indefinido entre el 21 de septiembre de 1971 y el 28 de octubre de 1981 y posteriormente, mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 10 de noviembre de 1981 al 28 de noviembre de 1981, lo cual se corrobora con la certificación expedida el 29



de junio del 2001 por el Jefe de Personal de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación Obligatoria (fl. 759 archivo "01 EXPEDIENTE 2015-033 TOMO I") y la certificación expedida por el Representante Especial de la Sociedad Fiduciaria Industrial S.A. (fl. 864 archivo "01 EXPEDIENTE 2015-033 TOMO I")

Ahora, en cuanto a los 135 días que el Juez señala que el actor no prestó servicios, debido a suspensiones y/o sanciones, los cuales no se tienen en cuenta para contabilizar el tiempo efectivo que prestó servicios (9 años, 9 meses y 18 días); no entiende la Sala la inconformidad presentada por el apoderado de la parte demandante, quien en su recurso señala que estos días sí deben contabilizarse, pues los trabajadores en esos días se encontraban en huelga; lo cual es un hecho nuevo que no fue debatido, y que por tanto, en esta instancia no se puede realizar ningún pronunciamiento, pues nótese que en la demanda en el hecho 55 la parte demandante había señalado que esos 135 días correspondían a licencias, suspensiones o sanciones, tal y como lo encontró probado el fallador de primera instancia, con la certificación expedida el 29 de junio del 2001 por el Jefe de Personal de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación Obligatoria (fl. 759 archivo "01 EXPEDIENTE 2015-033 TOMO I") y la certificación expedida por el Representante Especial de la Sociedad Fiduciaria Industrial S.A. (fl. 864 archivo "01 EXPEDIENTE 2015-033 TOMO I").

Tampoco se discute que el trabajador no fue afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE durante la relación laboral, pues solo a partir del 15 de agosto de 1990 se dispuso la inscripción en el régimen de los seguros sociales obligatorios para el personal de mar que laboraba en las empresas y agencias de transporte marítimo, conforme lo establecido en la Resolución expedida por el ISS No. 3296 del 2 de agosto de 1990.

Es necesario señalarle al apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros que tal y como lo entendió el fallador de primera instancia no es posible



declarar probada la excepción de cosa juzgada como quiera que en la sentencia que se profirió dentro del fallo de tutela del Consejo de estado el 28 de agosto del 2014 como lo indica el mismo recurrente se profirió una decisión de carácter transitorio mientras se acudía a la jurisdicción ordinaria.

Calculo actuarial por omisión en los aportes

Como ya se dijo, no fue objeto de reproche que durante la vigencia de la relación laboral demostrada, el actor no tuvo cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por cuanto como en efecto lo señala el recurrente, para la fecha de los extremos temporales antes señalados, esa demandada no estaba llamada a afiliar a sus trabajadores al ISS; al respecto, procede señalar a esta parte que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Alta Corporación, que en reciente pronunciamiento SL 1602-2022, reiteró criterio según el cual, en los casos de falta de afiliación a los riesgos de vejez, invalidez y muerte previa cobertura por parte del Instituto de los Seguros Sociales, estaba en cabeza del empleador, asumir la reserva para el cubrimiento de los mismos y de no haberlo hecho le correspondía efectuar el pago del cálculo actuarial a que haya lugar, así lo indicó en dicho pronunciamiento:

“Al respecto se impone recordar, que por virtud de la evolución normativa y jurisprudencial, reflejada en el artículo 76 de la Ley 90 de 1946; los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003; los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y 9 de la Ley 797 de 2003, en armonía con los principios de universalidad, unidad e integralidad, que presiden la seguridad social, la Corte consolidó el criterio vigente y expuesto en la sentencia CSJ SL9856-2014, eliminando la inmunidad que se otorgaba al empleador que no afiliaba a sus trabajadores por falta de cobertura en un determinado territorio.

*En su lugar, **estableció que, 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.***

En efecto, conforme se esbozó en la sentencia CSJ SL5109-2019,

[...] el empleador, que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder



por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL173002014, SJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019 y CSJ SL1342-2019).

Lo anterior, ya que la reserva actuarial tiene por objetivo cubrir los períodos no cotizados, integrando el capital que se requiere para que el sistema reconozca y pague la pensión, perfeccionando de este modo «[...] la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador», pues,

[...] los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de períodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. **Por lo anterior, cuando no fue posible la afiliación, lo pertinente es que el empleador pague el título pensional para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez.**

Además, porque la Corporación no ha aplicado los condicionamientos del literal c) del inciso 1° y el 2° del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, según los cuales, para el cálculo de densidad pensional, tendiente al reconocimiento de la prestación de vejez, se debe tener en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993».

Por cuanto este precepto debe leerse en «[...] consonancia con la vocación del sistema general de pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados, con la exclusión de los de regímenes expresamente exceptuados», es decir, teniendo en cuenta la «[...] variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», dentro de las cuales están aquellos a quienes no se les había convocado a efectuar la afiliación al ISS por falta de cobertura.

En tal sentido lo reiteró en la sentencia CSJ SL2590-2020, al concluir que,

[...] se impone recordar, que para la habilitación del tiempo servido a empleadores que antes de la Ley 100 de 1993, tenían a cargo sus propias pensiones, el literal c) del artículo 33 de esa normativa, debe ser entendido en el sentido que no es necesario que el contrato de trabajo estuviera vigente al momento de la entrada en vigor de la mencionada disposición, puesto que tal exigencia contraría los postulados de la seguridad social y, por esa razón debe ser inaplicada.

La solución otorgada a casos como el presente, en el sentido de que el



empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social la reserva actuarial correspondiente, conforme se anotó en la sentencia CSJ SL2353-2020, es la que resulta más adecuada a los intereses de los afiliados, pero también la más coherente con los objetivos y principios del sistema y la distribución de responsabilidades entre sus integrantes.

Así lo sostuvo la Corte en la decisión señalada, tras aducir, i) que esta doctrina encuentra pleno apoyo en la evolución de la normatividad; ii) se acopla a los principios de universalidad, unidad e integralidad que, en el sentido amplio del término, propende por un sistema único, articulado y coherente y iii) está pensada en eliminar la dispersión de modelos y responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad.”. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, estaba en cabeza del empleador asumir el riesgo pensional de sus trabajadores, cuando no estaba llamado a efectuar cotizaciones en favor de estos a entidad de seguridad social alguna, no quedando otro camino que el cubrimiento de la contingencia de vejez a su cargo, mediante cálculo actuarial, no pudiéndose desconocer la prestación del servicio del demandante de la que deriva la obligación de salvaguardar su derecho a adquirir prestación pensional y si bien para la data en que tuvo lugar la relación laboral demostrada, la asunción del riesgo pensional, se encontraba en cabeza del empleador, lo cierto es que en el caso del actor, la demandada no le otorgó derecho pensional alguno en los términos del entonces vigente artículo 260 del CST, no pudiéndose desconocer, se itera, los periodos laborados por este a favor de la demandada para construir la prestación pensional conforme la normatividad ahora vigente.

Aunado a lo anterior, ha dicho la Corte entre otras en la sentencia SL 529 del 14 de febrero de 2022 en la cual reiteró lo expuesto en la sentencia SL 3606-2021 que en estos casos no era necesario que el contrato de trabajo se encontrara vigente al momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993. Así lo dijo la Corte:

“[...] la circunstancia de que el contrato de trabajo no hubiera estado vigente para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no resulta relevante ni trascendente para la aplicación de la solución brindada por esta normatividad a este tipo de eventos, en



cuanto a tener en cuenta tiempos laborados y no cotizados por falta de cobertura, a través de un cálculo actuarial.

En efecto, la Sala, en la sentencia CSJ SL2138-2016, sostuvo que «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», consideraciones que han sido reiteradas más recientemente en las sentencias CSJ SL3995-2019 y CSJ SL2584-2020.»

Por tanto, es claro que acertó la falladora de primera instancia cuando condenó al empleador a pagar el correspondiente calculo actuarial, no siendo de recibo el argumento del apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros cuando señala que el precedente jurisprudencial sólo se aplica cuando el tiempo de servicios reclamados es necesario para la consecución de una pensión, pues la Corte no hizo tal distinción.

En relación con la proporción en que se debe efectuar el pago del cálculo actuarial a que se condenó, contrario a lo señalado por el recurrente, debe ser asumido en su totalidad por el empleador del actor para el periodo laborado, como quiera que la Sala Laboral de la Corte ha precisado, claramente, que el trabajador no participa como deudor en la obligación de pagar el cálculo actuarial por los tiempos durante los cuales no hubo una afiliación al Sistema de pensiones (sentencias SL 2584-2020, SL4921-2001, SL3867-2021 entre otras), siendo pertinente **confirmar** la sentencia objeto de estudio en este aspecto.

Entidades a cargo del pago del cálculo actuarial

En el presente caso, se debe tener en cuenta que la empleadora del



demandante lo fue la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, la cual fue liquidada conforme se evidencia en el Auto N° 400-015977 de 24 de septiembre de 2013 expedido por la Superintendencia de Sociedades (carpeta “C.D. 2 FOLIO 977”), por tanto, se hace necesario definir cual o cuales son las entidades encargadas del reconocimiento y pago del calculo actuarial del demandante, como quiera que las demandadas no se encuentran conformes con lo decidido por el fallador de primera instancia.

Lo primero que se debe indicar, es que la FIDUPREVISORA S.A. suscribió contrato de fiducia mercantil con la compañía de inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A. en liquidación obligatoria, a raíz del cual se constituyó el PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA con los recursos y bienes que le fueran remitidos por la Flota Mercante. Dicho patrimonio se constituyó con la finalidad de que *“la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas, y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos”* (carpeta “C.D. 2 FOLIO 977 archivo ANEXOS 2”); razón por la cual en este tipo de procesos se vincula a la FIDUPREVISORA como vocera y administradora del patrimonio autónomo, es decir, de los recursos que le transfirió la Flota Mercante, siendo dicha entidad quien tiene a su cargo el pago del cálculo actuarial con cargo a los recursos del patrimonio autónomo, tal y como lo concluyó el juez de primera instancia.

Siendo claro que tal y como quedó establecido en la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, la FIDUCIARIA no está obligada a asumir ninguna obligación que se imponga en contra del patrimonio autónomo PANFLOTA con sus propios recursos, pues en caso de que exista ausencia de recursos para asumir el pago de las obligaciones impuestas sobre el patrimonio autónomo PANFLOTA será la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ quien asuma la obligación de suministrar los recursos necesarios para que se puedan satisfacer las obligaciones a su cargo.



Lo anterior tiene sustento en la sentencia de la Corte Constitucional SU-1023 de 2001 y la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 471 de 2019, en las cuales se concluyó la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, frente a las obligaciones de la extinta FLOTA MERCANTE, en atención a la presunción legal de responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante sobre las obligaciones de la sociedad controlada que establece el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

En la sentencia SU-1023 de 2001 la Corte Constitucional explicó lo siguiente:

“De acuerdo con la ley y según la información que obra en el expediente, la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, es la entidad matriz o controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante – CIFM, en liquidación obligatoria.

De un lado, el 80% de la propiedad accionaria de la CIFM fue adquirida por la Federación Nacional de Cafeteros, con recursos del Fondo Nacional del Café, lo cual implicó que tuviera una representación mayoritaria en la Junta Directiva de aquella Compañía. [7] (C. de Co. Art. 437).

De otro lado, el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 consagra los supuestos en los cuales opera la presunción de subordinación de una sociedad. Dice este artículo:

ARTÍCULO 27. Presunciones de Subordinación. *El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:*

Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

- 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*
- 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.*



3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior.^[8]

Así mismo, la condición de matriz o controlante fue expuesta por el Gerente General de la Federación en el oficio de 29 de abril de 1998, dirigido a la Cámara de Comercio de Bogotá, en el cual afirmó:

2.- En su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de éste, la Federación tiene el ochenta por ciento (80%) de las acciones de la sociedad actualmente denominada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., la cual fue constituida bajo el nombre de Flota Mercante Grancolombiana S.A. (...) La mencionada sociedad pasó a tener su nombre actual, de conformidad con la reforma estatutaria contenida en escritura pública número 513 del 5 de febrero de 1.997, de la Notaría 18 de esta ciudad.

3.- Dado lo expresado en el punto anterior, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. se encuentra en la situación de subordinación establecida en el por el (sic) artículo 27 de la ley 222 de 1.995, respecto de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en tanto ésta obra en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, por cuanto, en la condición dicha, es titular de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de la mencionada sociedad anónima.

Por lo tanto, la **Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.** es una filial de la Federación, en cuanto ésta obra como administradora del Fondo Nacional del Café.

4.- En consecuencia, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 222 de 1.995, mediante el presente documento se procede a inscribir en el registro mercantil la mencionada situación de control.^[9]

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 parágrafo 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 aquélla 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”.

16. Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte, frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.

Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.”

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en la sentencia SL 3780-2022 indicando en lo que respecta a este tema que:

“Ahora bien, en punto a la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, la decisión recurrida coincide con la línea trazada por esta corporación en casos en que se ventilan situaciones semejantes, que vinculan a dichos entes con los trabajadores de la entonces Flota Mercante Grancolombiana S.A. donde se dejó



plasmado que la llamada a responder por el valor del cálculo actuarial es la recurrente en forma subsidiaria, por ser la administradora del Fondo Nacional del Café.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL4820-2020, la cual fue reiterada por esta Sala, en la decisión CSJ SL5489-2021, que conoció de un asunto similar al aquí planteado, se precisó lo siguiente:

Pues bien, para dar respuesta al recurrente, debe señalarse, que el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en el cual se fundó en parte el fallo del juez colegiado, es del siguiente tenor:

ART. 148. Acumulación procesal. Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.

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

De igual forma, la Ley 1116 de 2006, que derogó el Título II de la Ley 222 de 1995, si bien para el momento de los hechos aquí debatidos aún no estaba vigente, en su artículo 61, dispone:

ARTÍCULO 61. DE LOS CONTROLANTES. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente. (Negrillas fuera de texto original).

Conforme al texto de las disposiciones transcritas, se infiere que en ellas se consagró una presunción especial de orden legal, en el sentido de que el estado concursal o de liquidación obligatoria de



una empresa subordinada, surge como consecuencia de las actuaciones realizadas por la sociedad matriz, las que se derivan de los actos de control ejercidos por esta última; de igual forma, previó este precepto, que corresponde a la compañía controlante, desvirtuar tal presunción, demostrando que esta fue ocasionada por causas diferentes a su proceder.

De la lectura de la providencia confutada, se observa que el juez de segundo grado, una vez concluyó que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, fungía como entidad controlante o matriz, respecto de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., lo que no es objeto de controversia, le atribuyó responsabilidad subsidiaria, tomando como presupuesto para ello, la presunción legal en el artículo 148, esto es, que el estado de liquidación obligatoria, provenía de los actos de control que aquella ejerció, sosteniendo además, que ello no fue desvirtuado por parte de la recurrente, al no aparecer acreditadas en el expediente, situaciones que así lo indicaran.

[...]

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

De otra parte, en la sentencia C-510/97, proferida por esa misma Corporación, y en la que fundo también la sentencia confutada, que declaró la exequibilidad del referido artículo 148, sostuvo:

[...]

Para la Sala, no existe duda alguna, que las citadas disposiciones permiten de entrada presumir que la situación concursal y la posterior liquidación de una sociedad, en este caso de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., tiene ocurrencia debido a la actuación de control ejercida por la matriz, la Federación Nacional de Cafeteros, quien se benefició así misma o a sus subordinadas y que perjudicó a la controlada.

En este orden, no encuentra esta Corte que la intelección o comprensión que el Tribunal hizo de las referidas normas sea equivocada, pues sin vacilación, se desprende que estas estipulan una presunción relativa o juris tantum, que admite prueba en contrario, y por ende, para ser desvirtuada, debe acreditarse por parte de la matriz o sus vinculadas, que el estado de liquidación obligatoria, fue ocasionado por causa diferente, en este caso, a la Federación Nacional de Cafeteros, sin que se colija de allí, que se



exijan requisitos distintos, como desatinadamente lo pretende hacer ver el censor; además, es evidente que el juez plural partió de la premisa, de que en el plenario no existían elementos de juicio que conllevaran a deducir cosa distinta, ello ante la falta de demostración de la entidad controlante de que la liquidación ocurrió por circunstancias ajenas a su actuar.

En punto del debate, esta Sala en sentencia CSJ SL471-2019, reiterada en la SL1973-2019, proferidas dentro de proceso laboral promovido contra la misma recurrente, así reflexionó:

Bajo tal dirección, se configura la presunción iuris tantum o legal y, por tanto, se constituye en la fuente normativa de la predicha responsabilidad subsidiaria, que admite prueba en contrario como lo consagra la norma en cita, conforme al artículo 66 del Código Civil, que establece que «se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume» y, en consecuencia, tal posibilidad estará a cargo de quien contradice la existencia del supuesto normativo en el caso concreto.

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

De lo anterior se puede extraer lo siguiente: (i) que el 80% de la propiedad accionaria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. fue adquirida por la Federación Nacional de Cafeteros con recursos del Fondo Nacional del Café; (ii) que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A ingresó al proceso judicial de liquidación obligatoria regulado por la Ley 222 de 1995 desde el 31 de julio de 2000; (iii) que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. EN LIQUIDACIÓN es una sociedad subordinada respecto de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como matriz o controlante y, (iv) que sobre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA opera la presunción de responsabilidad subsidiaria que dispone el parágrafo único del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, norma según la cual se presume culpa de la sociedad matriz o controlante en el estado de insolvencia o liquidación de las sociedades que le son subordinadas.

Ahora, teniendo en cuenta que la presunción que opera sobre la Federación



Nacional de Cafeteros es de tipo legal, es claro que puede eximirse de responsabilidad probando en cada proceso que la situación de insolvencia de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. no le es imputable, lo cual no aparece probado en este proceso.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no desvirtuó la presunción de culpa que recae sobre ella como sociedad matriz en el estado de insolvencia de la FLOTA MERCANTE, proceden las condenas impuestas en primera instancia frente a la responsabilidad subsidiaria, siendo claro que era la Federación Nacional de Cafeteros quien tenía la carga probatoria de demostrar que la insolvencia de la sociedad COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. fue ajena a una acción u omisión de su parte,

Es necesario precisar, que en el presente caso, si bien se aportaron diferentes pruebas documentales entre las que se encuentran los informes anuales de la Flota Mercante Grancolombiana desde 1990, las Actas General de accionistas de la Flota Mercante desde 1990, el contrato de promesa de compraventa entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en Liquidación obligatoria y la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café del 22 de marzo del 2002, los estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros, el contrato de administración del Fondo Nacional del Café del 12 de julio del 2006, el estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana de septiembre del 2007, el Acta N° 28 del 17 de diciembre de 1992 del Comité Nacional de Cafeteros, el informe de rendición de cuentas, el estudio actuarial del pasivo pensional de la Flota Mercante de diciembre del 2014, las actas e informes de la Junta Directiva de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante desde 1990, el reporte anual de la Flota Mercante Grancolombiana (1995), los autos de liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante emitidos por la Superintendencia de Sociedades, de ellas no se puede extraer que la entidad hubiese allegado prueba suficiente e idónea



que demostrara que la situación financiera de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. en liquidación obligatoria tuviera origen en alguna causa externa o exógena a las decisiones que tomó la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, como entidad matriz o controlante de las obligaciones de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.

Y es que con las proyecciones y balances financieros que en ese momento se hicieron sobre la empresa, no es posible concluir que la liquidación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. no le sea imputable a las decisiones tomadas por la entidad matriz o controlante que no es otra que la Federación Nacional de Cafeteros. Así las cosas, procede la condena que la parte demandante y la FIDUPREVISORA reclaman en contra de dicha entidad, independientemente de que en la demanda se haya propuesto como una pretensión subsidiaria, pues la FIDUPREVISORA desde su contestación reclama que las condenas que se impongan en este proceso se dicten en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, quien debe aportar los dineros suficientes en caso de que el PATRIMONIO AUTÓNOMO - PANFLOTA no tenga liquidez para el pago de los derechos laborales y pensionales de sus trabajadores, como ya se dijo.

En consecuencia, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia en cuanto definió la responsabilidad subsidiaria que le asiste a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, advirtiendo frente a los argumentos planteados por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, que el carácter de parafiscalidad de los recursos del Fondo Nacional del Café no es óbice para truncar las aspiraciones pensionales del actor, pues como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia referida, dichos recursos si pueden destinarse al pago de pensiones a cargo de la FLOTA MERCANTE, siempre y cuando en el Patrimonio Autónomo PANFLOTA no obren los dineros suficientes para el cumplimiento de la condena, debiendo en dicho evento y con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, efectuar el pago de la suma que se liquide por concepto de cálculo actuarial.



De este modo, dicha responsabilidad no puede ser extendida al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como lo reclama la parte actora en su demanda y recurso de apelación, pues no demostró causa alguna de la cual se pueda deducir que dicha responsabilidad le cabe a la Nación.

Finalmente, para dar respuesta a la apelación propuesta por la apoderada de ASESORES EN DERECHO SAS, se debe advertir que la FIDUPREVISORA S.A., como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, celebró con la sociedad ASESORES EN DERECHO SAS Contrato de Mandato N° 9264-001-2014 para que fungiera como Mandataria con representación de PANFLOTA. Dentro de las obligaciones adquiridas por esta sociedad se encuentra la de “[e]xpedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los ex trabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. liquidada y sus beneficiarios si los hubiere con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, una vez la Federación Nacional de Cafeteros gire los respectivos recursos en cumplimiento de la sentencia SU 1023 de 2001 proferida por la Corte Constitucional”, le compete a la mandataria en representación de PANFLOTA, **únicamente expedir el acto administrativo de reconocimiento del cálculo actuarial que se ordena en esta sentencia de conformidad con el valor que determine COLPENSIONES al liquidar el cálculo**, advirtiendo que el pago del mismo no es obligación suya en razón a que en el contrato de mandato se dejó expresamente consignado que sería con cargo a PANFLOTA.

En consecuencia, se confirmará el numeral cuarto y quinto de la sentencia dictada en primera instancia en cuanto condenó a ASESORES EN DERECHO S.A. a expedir los actos administrativos tendientes al reconocimiento de dicho cálculo actuarial en favor de GERMÁN TULLIO SOLIS y a la FIDUPREVISORA realizar el pago con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA.



Salarios que se deben tener en cuenta para realizar el cálculo actuarial

Sentado lo anterior, es necesario recordar que el fondo o administradora en la que se encuentra afiliado el actor, Colpensiones en este caso, es la llamada a liquidar el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 1971 al 28 de octubre de 1981 y del 10 de noviembre de 1981 al 28 de noviembre de 1981 conforme a lo previsto en el Decreto 1887 de 1994, y esta entidad debe recibir su importe a entera satisfacción para que se entienda cumplida la obligación.

En cuanto a los salarios la falladora de primera instancia señaló que se debía tener en cuenta el último salario devengado por el accionante, el cual ordenó que fuera certificado de manera mancomunada por ASESORES EN DERECHO Y FIDUPREVISORA.

Así las cosas, el numeral SEGUNDO de la sentencia recurrida debe ser revocado parcialmente, así como el numeral tercero, al encontrar razón en lo indicado por el apoderado de ASESORES EN DERECHO en su recurso, en el sentido que, no puede tenerse o fijarse como ingreso base de liquidación el último salario de cotización como lo hizo el juzgado, pues lo correcto es que debe calcularse respecto del salario devengado para cada uno de los periodos laborados por el demandante al servicio de la Flota Mercante Grancolombiana, entre el día 21 de septiembre de 1971 al 28 de octubre de 1981 y del 10 de noviembre de 1981 al 28 de noviembre de 1981.

Se tiene que conforme el contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago N°3-1-0138, es a la Fiduprevisora a quien le corresponde la administración del archivo de la información dejado por la extinta Flota Mercante, es por lo que, solo a ésta, le corresponderá enviar toda la información necesaria para que Colpensiones elabore el cálculo actuarial correspondiente.

Por lo anterior, se dispondrá a REVOCAR parcialmente los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia.



Siendo necesario precisar que si bien es cierto corresponde al actor probar los salarios devengados mes a mes, lo cierto es que en la demanda solicitó como prueba oficiar a la FIDUPREVISORA para que remitiera la hoja de vida del actor con todos sus anexos, certificando tiempos laborados y factores salariales devengados; lo cual no allegó en forma completa la FIDUPREVISORA no pudiendo verse con esto afectado el trabajador por lo que no se ordena tener como salario el mínimo legal vigente como lo pide ASESORES EN DERECHO sino que la FIDUPREVISORA deberá certificar con destino a Colpensiones el salario devengado por el demandante mes a mes con todos sus factores salariales.

En este orden de ideas, la dinámica que debe darse en el cumplimiento de la sentencia para reconocer y pagar el valor del cálculo actuarial a favor del demandante es: que Fiduciaria la Previsora S.A., debe remitir toda la información necesaria a Colpensiones para que esta administradora elabore el cálculo actuarial, y una vez ello, el mismo le sea informado a Asesores en Derecho S.A.S., y esta, proceda a expedir el acto administrativo mediante el cual se reconozca y ordene el pago del valor correspondiente, y una vez Fiduciaria la Previsora S.A. sea notificada de la resolución, proceda a pagar el valor del cálculo a Colpensiones, para esta última actualice la historia laboral del demandante.

Cabe advertir que, según lo dispone el artículo 135 del CST, *“cuando el salario se estipula en divisas o monedas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que deba efectuarse el pago”*. Por ello la conversión se debe hacer con la tasa de cambio vigente en la fecha en que se debía efectuar el pago de cada aporte y NO el vigente en la fecha en que el momento en que se pague efectivamente. Además, se debe precisar que ninguno de los salarios base podrá exceder los topes legales establecidos en las normas aplicables, ni para efectos de la liquidación del cálculo actuarial, ni para la actualización de la historia laboral.



Reliquidación pensión de vejez

Conociendo el recurso de apelación de COLPENSIONES y en CONSULTA en su favor, el Tribunal revocará la decisión que ordenó reliquidar la pensión de vejez que le fue reconocida al actor por parte de COLPENSIONES mediante la Resolución VPB 5008 del 11 de septiembre de 2013, pues la obligación pensional de COLPENSIONES con el demandante solo surgirá desde el momento en que reciba de la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA el valor del cálculo actuarial ordenado en este proceso con los cuales se financiará la prestación a que haya lugar.

No se puede cargar a COLPENSIONES con el pago de un derecho pensional que no tenía a su cargo por razones que no le son imputables. Ninguna responsabilidad le cabe a COLPENSIONES en el cobro de aportes cuando es el empleador quien incurre en la omisión de *afiliar* a sus trabajadores, pues dicha omisión impedía a la administradora de pensiones adelantar los trámites de cobro pertinentes, así lo ha entendido reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, solo cuando COLPENSIONES reciba el valor del cálculo actuarial podrá definir si el derecho a la reliquidación se causa y el monto de la mesada reliquidada, conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones. Por esta misma razón no procede el reconocimiento de intereses moratorios a cargo de COLPENSIONES, ni tampoco de la indexación ordenada en primera instancia, pues no se le puede endilgar mora alguna a esta entidad, mientras no se haya consolidado la historia laboral del demandante. Por tal motivo se revocará el numeral séptimo y octavo de la sentencia recurrida pues no hay lugar a estudiar prescripción de diferencias pensionales.

En cuanto a las costas se tiene que conforme al numeral 1° del artículo 365 del CGP que dispone: “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, supuesto de hecho que se cumple respecto de Fiduciaria La Previsora S.A., Asesores en Derecho y Colpensiones, por lo que no es



procedente absolverlas de las costas del proceso, sin embargo, si el querer del apelante es lograr por este concepto una suma inferior, lo cierto es que, esta no es la oportunidad procesal para discutir su monto de conformidad con el artículo 366 *ibidem*. Lo mismo ocurre con la parte demandante quien vencido en juicio frente a las pretensiones de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por tanto, no es posible exonerarla de la condena en costas.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia recurrida para en su lugar ordenar a COLPENSIONES tener en cuenta los salarios certificados mes a mes durante la relación laboral del actor por parte de la FIDUPREVISORA S.A., conforme se determinó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia recurrida para en su lugar CONDENAR a la FIDUCIARIA LA PREVISORA en su condición de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota a remitir a COLPENSIONES en el término de 15 días toda la documentación necesaria y la certificación de los salarios devengados por el actor mes a durante toda la relación laboral que lo unió con la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante con todos sus factores salariales, conforme lo expuesto en este proveído.

TERCERO: REVOCAR el numeral séptimo y octavo de la sentencia recurrida, para en su lugar DECLARAR no probada la excepción de prescripción.



CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO

En el entendido que la obligacion es del patrimonio autonomo y no de la fiduciaria tal como se enuncia en la parte considerativa

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 25-2018-770-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: EDITH LINARES SANTOYO

DEMANDADO: SANOFI-AVENTIS DE COLOMBIA SA

En Bogotá D.C., a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la decisión proferido por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el día trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud se declaró probada la excepción de cosa juzgada y se ordenó la terminación del proceso. (Expediente Digital).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término concedido para alegar, la parte demandante allegó memorial de sustentación de recurso de apelación, el que se tendrá como alegaciones en los términos del artículo 66 del CPTSS.

HECHOS

La señora **EDITH LINARES SANTOYO**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA SA** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral y previa declaración de un proceso laboral entre el 25 de mayo de 1997 y hasta el 13 de diciembre de 2017, el cual terminó en forma unilateral y sin justa causa se le condene a reintegrarla al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, al pago de salarios, aportes, extra y ultra petita. (Expediente Digital).

Como fundamentos de las pretensiones se afirma en síntesis que el 13 de diciembre de 2017 la demandada terminó el contrato en forma unilateral y sin justa causa, que la demandante en ese momento tenía 56 años de edad y estaba amparada con estabilidad laboral reforzada, encontrándose en reten social por prepensionada, que era beneficiaria de la convención y se violó la cláusula 33 de la convención, que no cuenta con ingresos y que no puede conseguir trabajo por su edad. (Expediente Digital).

Al contestar la demanda **SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA SA** propuso la **excepción previa de cosa juzgada, afirmando que el contrato terminó de mutuo acuerdo mediante y por transacción.**

El Juez 41 laboral del Circuito, en audiencia de trece de septiembre de 2022, declaró probada la excepción señalando: *“...El artículo 303 del CGP, establece dicha figura y la pasiva sustenta dicho medio exceptivo en el acta de transacción suscrita entre las partes el 13 de diciembre del 2017, visible a folio 101 y 102, el CST establece que la transacción es válida, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles; sin embargo, analizadas las pretensiones, se encaminan a la declaratoria de un contrato a término indefinido, que terminó sin justa causa el 13 de diciembre de 2017, estando protegida por el derecho a estabilidad laboral reforzada por tener la calidad de prepensionada y que se declare que la demandada la debe reintegrar al cargo que venía desempeñando junto con pago de aportes, salarios y prestaciones dejadas de pagar; concluyendo el despacho que el objeto del litigio es determinar si la terminación del contrato de la demandante fue con o sin justa causa; frente a lo cual la Sala Laboral de la CSJ ha indicado que este es un derecho cierto y discutible, por ende es válido transarlo como lo señala el artículo 15 del CST y una vez establecida que la transacción es válida, el acta aportada y suscrita por las partes indica que se deja constancia de la terminación del contrato a partir del 13 de diciembre de 2017, siendo tal día el último laborado, asimismo las partes acordaron que bajo tal transacción quedaban a paz y salvo por todo concepto, sin que quede nada por reclamar en el futuro.*

Por lo anterior, para el asunto bajo estudio se configuraban los requisitos del artículo 303 del CGP, al haber identidad de partes, identidad de pretensiones, ya que conforme lo pretendido en el proceso y lo consignado en el acta de transacción, las partes en esta última aceptan que el contrato finalizó sin justa causa y de igual manera, se configuraba identidad de hechos, por ende, al ser la terminación del vínculo laboral un hecho cierto y discutible, las partes había llegado a través de transacción al acuerdo de finalizarlo el 13 de diciembre de 2017, de manera voluntaria, en común acuerdo y sin presiones, circunstancias que no se debatían en el proceso, ya que la parte actora, no pretendió desconocer dicho acuerdo, teniendo plena validez la transacción....”

Inconforme con esta decisión la parte actora interpone recurso asegurando que: *“...Si vemos las pretensiones de la demanda, se pedía el pago de pago de aportes a seguridad social, especialmente de vejez hasta cuando se concediera pensión, siendo claro que se pide el pago de aportes y desde el momento en que fue retirada, 55 años y hasta el cumplimiento de los 57, que se debían pagar los salarios y por ello se solicitó el reintegro ya que fue despedida antes de cumplir la edad para cumplir derecho pensional.*

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, a pesar de los escasos argumentos del recurso en el que solo se

insiste en las pretensiones y en un reintegro bajo la afirmación de haber sido terminado el contrato en forma unilateral y sin justa causa. Se advierte desde ya que la decisión será CONFIRMADA. Veamos las razones, haciendo también previamente algunas precisiones sobre la excepción.

Bien, la figura de la cosa juzgada como medio exceptivo previo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, **al atender conflictos que ya han sido solucionados.** En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser rígido, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores. Es por lo anterior que se debe verificar la existencia de los requisitos indispensables para la configuración de la cosa juzgada, esto es, **la identidad jurídica respecto del objeto causa y partes intervinientes**, entre los dos procesos; requisitos que, insiste la Sala, deben ser objeto de una verificación estricta, so pena de quebrantarse los derechos de los trabajadores.

Lo primero que advierte la Sala es que el recurrente parte de una afirmación equivocada, toda vez que el contrato en este caso no terminó unilateralmente y sin justa causa, sino por mutuo acuerdo, tal y como consta en el acta de transacción aportada por la demandada, en la que en su numeral dos se lee: “...*Que en la fecha las partes de la relación laboral intervinientes en este acto, dejamos constancia de haber acordado la terminación del contrato de trabajo a partir del día 13 del mes de Diciembre de 2017, de conformidad con lo previsto en el artículo 61 numeral 1 literal b) del C.S.T., siendo por tanto la fecha señalada el ultimo día laborable..*”

Ahora bien, en cuanto a la validez de la transacción y su efecto de cosa juzgada, conviene precisar que el artículo 2469 del Código Civil, consagra que la transacción es un contrato amistoso a que llegan las partes con el objetivo de terminar un litigio surgido entre ellas o precaver un litigio eventual. Para que el contrato sea válido, resulta suficiente la manifestación escrita de las partes de que llegaron a un acuerdo sobre el punto litigioso o **eventualmente litigioso**. Llevada a cabo la transacción, la Ley le asigna los efectos de cosa juzgada lo que significa que ninguna de las partes puede demandar a la otra reclamando obligaciones ya superadas mediante este mecanismo; desde luego eso sí, que se dé cumplimiento a normas laborales, si estas están involucradas. **Así mismo resulta consustancial a la figura el que las partes se hagan mutuas concesiones, esto es, que cada una de ellas pierda parte del derecho que cree tener.** Por tal razón, si el acuerdo se limita a reconocer derechos a una sola de las partes o a la renuncia de los que se disputan, no se configura la TRANSACCIÓN.

Que norma en especial debe acatarse cuando se realiza una transacción en materia laboral?. Pues no otra que la contemplada en el artículo 15 del CST, el cual dispone que en los asuntos del trabajo la TRANSACCIÓN es válida; salvo que se trate de derechos ciertos e indiscutibles. Por ello, no tendrá ningún valor la que se realice menoscabando o afectando de alguna manera aquellos derechos del trabajador sobre los cuales no pueda existir ninguna duda por haberlos contemplado la ley expresamente.

En consecuencia, la Sala examinó el contenido del documento con el fin de constatar si reunía los requisitos para ser considerada UNA TRANSACCIÓN en materia laboral y por tanto conllevara a estimar que lo acordado tiene los efectos de COSA JUZGADA, encontrando que en efecto así sucedió como también encontró el Juez de primera instancia.

Efectivamente en el expediente obra el documento en el que no solo se termina el contrato de mutuo acuerdo como ya se dijo; sino que reconoció una suma transaccional en cuantía de \$50.211.267, con el objeto de dirimir cualquier diferencia que pudiese surgir del vínculo contractual que existió entre las partes; agregando finalmente en el numeral 10 que la parte actora declara a PAZ Y SALVO, por todo concepto a la demandada.

Así las cosas, le asiste razón al juez de primera instancia al declarar probada la excepción de cosa juzgada, toda vez que el acuerdo firmado entre las partes: i) no vulneró sobre derechos ciertos e indiscutibles, ii) dejó constancia de los pagos sobre el que se podían hacer acuerdos, toda vez que las sumas ofrecidas por el retiro son válidas iii) Esas concesiones son propias de la transacción, iv) el acuerdo resulta entonces absolutamente valido y legal y por tanto hace tránsito a cosa juzgada.

Resulta suficientemente claro que como acertadamente concluyó el Juez y contrato a lo señalado por el recurrente también en alegaciones, el contrato terminó por mutuo acuerdo mediante esta transacción, **sin que jamás se hubiese afirmado que esta fue producto de presiones, que no fue voluntaria, discutiendo así su validez, lo que se itera no sucedió, por lo que como excepción previa resulta demostrada y las pretensiones basadas en un despido carecen de validez, se itera ante el pacto que demuestra lo contrario, esto es terminación por mutuo acuerdo.**

Por lo expuesto se **CONFIRMA**, la decisión, sin más consideraciones por innecesarias.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL C P DEL T DE LA S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO DE LUIS HERNAN MURILLO MURILLO VS UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP Rad. 27-2020-35-01

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor ÁLVARO GUILLERMO DUARTE como apoderado de la demandada UGPP en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada UGPP contra la decisión proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día cuatro (4) de octubre de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud declaró NO probada la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario. (Expediente Digitalizado).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término concedido para alegar, fueron allegados escritos de alegación por parte de la UGPP y el extremo demandante, este último solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

El señor LUIS HERNANDO MURILLO MURILLO, instauró demanda en contra de UGPP, para que se le condene a reliquidar la pensión de jubilación convencional en los términos del art 98 de la convención colectiva del ISS, intereses, indexación, extra y ultra petita y costas del proceso. (Expediente Digitalizado).

La entidad demandada UGPP contestó proponiendo la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario, con COLPENSIONES, toda vez se afirma esta reconoció pensión de vejez. (Expediente Digitalizado).

El A – Quo declaró no probada la excepción propuesta considerando en síntesis lo siguiente: *“... Argumenta la accionada UGPP que se debe integrar el litisconsorcio con Colpensiones, ya que reconoció a favor de la parte demandante pensión de vejez en el año 2015, siendo que esa entidad sólo está obligada a cubrir el mayor valor de dicha prestación de haber lugar a ello; y ante una eventual condena que ordene la reliquidación de la misma, también se afectarían los términos en que se reconoció la pensión por Colpensiones. Al respecto, teniendo en cuenta el artículo 61 del CGP, en el proceso bajo estudio y para el año 2007, la ESE Luis Carlos Galán le reconoció al actor pensión de jubilación, posteriormente Colpensiones le reconoció pensión de vejez en resolución GNR 360625 de 2016 a partir del 11 de enero de 2012 y con carácter compartido, luego la UGPP en resolución RDP 6802 del 2017, ordenó pagar únicamente el mayor valor entre la pensión de vejez reconocida por Colpensiones y la de jubilación reconocida por la ESE en mención; como quiera que el demandante había formulado como pretensión condenar a la UGPP reliquidación de pensión de vejez convencional bajo los parámetros de convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y sus trabajadores, por lo que la eventual prosperidad de las pretensiones operaría solo sobre la pensión de jubilación reconocida por la ESE Luis Carlos Galán y por ende respecto del mayor valor que actualmente paga la UGPP y no sobre la pensión legal que paga Colpensiones al actor, pudiéndose preferir decisión de fondo sin la comparecencia de Colpensiones...”*

Inconforme con la decisión la apoderada de la UGPP, interpone recurso manifestando: “...Por la naturaleza de la prestación discutida, pensión de carácter compartida, sí es necesaria la comparecencia de Colpensiones y en esa medida sí se verían afectados los intereses de dicha entidad pues si se ordena una reliquidación de la pensión concedida por la UGPP y al no haber ningún tipo de orden con cargo a Colpensiones, al momento en que la UGPP emita algún acto administrativo, se configuraría un fraude a resolución judicial en la medida en que las condenas irían únicamente contra la UGPP y Colpensiones no podría pronunciarse frente a lo ordenado en el proceso.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C p del T y de la SS, advirtiendo desde ya que será CONFIRMADA. Veamos las razones.

El artículo 61 del C.GP., aplicable por analogía al procedimiento laboral, señala que **cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos,** la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En el sub-lite se observa que lo reclamado en esta demanda efectivamente y como explicó la Juez de las pretensiones están dirigidas solo sobre la pensión de jubilación reconocida por la ESE Luis Carlos Galán **y por ende respecto del mayor valor que actualmente paga la UGPP** y no sobre la pensión legal que paga COLPENSIONES, luego no se encuentra que exista la relación o acto jurídico que imponga al Juez resolver de manera uniforme, siendo por el contrario posible resolver de fondo sin la comparecencia de COLPENSIONES, pues nada tiene que ver la compartibilidad de la pensión con que se solicite reliquidación únicamente de la que origina el pago de mayor valor, luego se itera no existe relación de las que señala la norma contenida en el art 61 del CGP, esto es de aquellas que por su naturaleza o por disposición legal obligan a resolver de manera uniforme. Siendo ello así; para la definición de la pretensión principal del proceso esto es **no es necesaria la intervención de COLPENSIONES, pues sin ella, se puede producir una sentencia de fondo.**

De lo anterior se puede concluir claramente que no hay lugar a integrar el litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que la naturaleza del asunto permite la definición del mismo mediante sentencia de fondo, sin necesidad de vincular obligatoriamente a esta persona jurídica.

Insiste la Sala para integrar el litisconsorcio solo debe el juez atenerse a los requisitos de la norma que lo contempla, sin que en este caso se den estos presupuestos y que la integración del litisconsorcio necesario es una figura que tiende a la vinculación de todas aquellas personas que pueden verse afectadas por las decisiones, a fin de que se informen de la naturaleza del proceso, asuman la posición de parte y ejerzan sus derechos de contradicción y defensa. En virtud de ello, la vinculación al proceso de una persona a fin de integrar el litisconsorcio **requiere únicamente de la demostración de que la relación sustancial debatida en juicio puede afectar a la parte llamada a integrarlo,** lo que no sucede, reiterando que la demandada funge válidamente como parte pasiva de la relación jurídica procesal.

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión impartida por el A-Quo, por encontrarse ajustada a derecho.

SIN COSTAS EN LA INSTANCIA.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

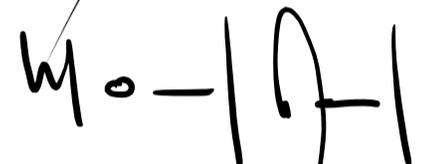
PRIMERO: CONFIRMAR el auto materia de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SIN COSTAS en la instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES ROSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 38 2021 00140 01
ASUNTO: APELACIÓN AUTO ORDINARIO
DEMANDANTE: LEIDY ALEJANDRA CARRETO
DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y
OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar el siguiente:

AUTO

Resuelve la sala los recursos de apelación interpuestos contra las providencias contra las cuales se dispuso negar el llamamiento en garantía formulado por Suramericana S.A. y el interrogatorio de parte solicitado por la misma sociedad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante, demandada Fondo Nacional del Ahorro y la llamada en garantía Suramericana S.A.

ANTECEDENTES

El demandante convocó a juicio al Fondo Nacional del Ahorro y las sociedades S&A Servicios y Asesorías S.A.S., y Serviola S.A.S., a fin de que se declare una relación laboral respecto de la primera en mención, en virtud de la cual, las sociedades en mención, fungieron como intermediarias; como consecuencia de ello solicita se les condene al reconocimiento y pago de reliquidación salarial de naturaleza convencional y reliquidación de prestaciones sociales, así como pago de indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria.



DECISIÓN DE PRIMER GRADO

En audiencia de que trata el artículo 77 CPTSS, el juez de conocimiento, **dispuso negar** el llamamiento en garantía que elevara Suramericana S.A., respecto de Servicios y Asesorías S.A., para el pago de las sumas que eventualmente fuera obligada a indemnizar en el trámite procesal como consecuencia del contrato de seguro de cumplimiento; señaló que no era procedente en los términos del artículo 64 del CGP admitir dicho llamamiento ya que este implicaba una controversia entre particulares que no surgía directamente de una relación contractual laboral, que era lo que adjudicaba competencia a la jurisdicción ordinaria laboral para conocer de este tipo de asuntos, sumado a que la póliza suscrita era para cubrir acreencias salariales y prestaciones en relación con el contratista respecto de la entidad contratante y en el trámite procesal se aducía la existencia de un contrato laboral entre la demandante y el FNA en el marco del cual, las afianzadas obrarían como simples intermediarios, no siendo viable aceptar un llamamiento de garantía respecto de quien ya se encontraba vinculada al trámite procesal y entre particulares que no se enmarcaba en la existencia de la relación de trabajo deprecada y era un conflicto de carácter comercial.

Respecto de la decisión que dispuso **negar el interrogatorio** de parte formulado por la llamada en garantía Suramericana S.A., a instancias de la representante legal de S&A Servicios y Asesorías S.A.S., indicó que como quiera que dicha sociedad hacía parte del extremo pasivo, no había lugar a su decreto, amen de que si dicha sociedad, no compareciera al proceso, no había hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en una demanda para presumirlos como ciertos y menos cuando se encontraba la solicitud cimentada en el llamamiento en garantía también negado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **que negó el llamamiento en garantía**, indicó Suramericana S.A., que dicho llamamiento se formulaba con fundamento en el artículo 64 y 65 del CGP, siendo posible el llamamiento hecho a Servicios y Asesorías, por ser contratista afianzado en la póliza suscrita, para que en el caso de que suramericana sea obligada en el proceso, esta sociedad sea obligada al reembolso.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105038 2021 140 01 Dte: LEIDY CARRETO Ddo.: FNA y OTROS

En cuanto a la decisión referente a la negativa de **interrogatorio de parte** al representante legal de S&A Servicios y Asesorías S.A.S., señaló que el mismo no estaba solo direccionado a buscar prueba de confesión sino a la declaración de las partes respecto de los hechos del litigio.

C O N S I D E R A C I O N E S

A fin de resolver los recursos de apelación, la Sala se referirá en primer lugar a la decisión mediante la cual se dispuso la negativa al llamamiento en garantía invocado por Suramericana S.A.

Al respecto se tiene que el llamamiento en garantía se encuentra contemplado en el artículo 64 del Código General del Proceso, norma que lo define como una facultad que le asiste a **“quien tenga derecho legal o contractual de exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia”**.

Esta disposición aplicable en materia laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al igual que las previstas para su trámite, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional *“debe concebirse como un instrumento procesal creado por el legislador con la finalidad de concretar el principio de la economía procesal, para vincular al proceso como parte a un tercero interviniente que, desde cuando se admite la solicitud por parte del juez, queda vinculado de manera forzosa a lo que se resuelva en la sentencia”*.

El tema del llamamiento en garantía en materia laboral ha sido tratado por la H Corte Suprema de Justicia, aceptando la procedencia de esta intervención- antes de la expedición del CGP, denominados terceros, ahora otras partes-; cuando se trata de situaciones en que se aseguran riesgos derivados de normas del CST, lo que no excluye en principio este caso, en donde se asignó la competencia a esta jurisdicción.

Ahora bien, aunque procedente- se itera-. en materia laboral; solo lo es cuando se cumplen los requisitos de la norma, esto es el artículo 64 del CGP; requisitos, que tal y como señaló el Juez de primera instancia no se dan en este caso específico.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105038 2021 140 01 Dte: LEIDY CARRETO Ddo.: FNA y OTROS

Lo anterior por cuanto la vinculación al trámite procesal de Suramericana S.A., se dio por cuenta de un llamamiento en garantía que hiciera el FNA por virtud de la póliza suscrita entre las dos entidades en mención, siendo improcedente que esta llamada en garantía pretenda bajo la misma figura llamar a una sociedad que **ya se encuentra vinculada al trámite procesal** como demandada, a su vez y como bien lo indicó el juzgador de primer grado, en caso de configurarse una eventual condena a cargo de la sociedad S&A Servicios y Asesorías S.A.S., la afectación de la póliza, debe observar los requisitos previstos en la Ley para el efecto, requisitos propios de la legislación comercial, no siendo estos riesgos derivados de las normas previstas en el CST contrario a lo indicado por la recurrente también en alegaciones, razones suficientes para concluir que el llamamiento bajo estudio se torna improcedente, por lo que se **confirmará** la decisión en este aspecto.

Ahora bien, respecto de la solicitud de esta misma llamada en garantía, Suramericana S.A., tendiente a la solicitud de interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad S&A Servicios y Asesorías S.A.S, se tiene que tal solicitud de medio probatorio se torna inconducente, pues el objetivo del mismo apunta a lograr confesión respecto de los hechos debate del litigio y como bien lo concluyó la decisión de instancia y lo reitera el FNA en sus alegaciones, en la relación entre la sociedad y la llamada en garantía en mención, no median hechos susceptibles de prueba de confesión y menos ante la determinada improcedencia del llamamiento en garantía estudiado en precedencia, por lo que sin mayores razonamientos, igualmente se **confirmará** esta decisión.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C,**

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR las providencias recurridas, en virtud de lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



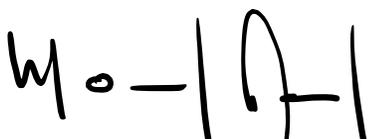
Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105038 2021 140 01 Dte: LEIDY CARRETO Ddo.: FNA y OTROS

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de la recurrente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.


MARLENY RUEDA OLARTE