TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 010 2018 00314 01
Luis Orlando Ariza Rodríguez vs. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y Otros.

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones de la sentencia proferida el 7 de mayo de 2021, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente sentencia.

Antecedentes

1. Demanda. Luis Orlando Ariza Rodríguez, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra **Asesores en Derecho S.A.S.**, **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, **Federación Nacional de Cafeteros de Colombia**, **Fiduciaria la Previsora S.A.** y la **Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, para declarar que existió un contrato de trabajo entre el demandante y la extinta Flota Mercante Grancolombiana S.A., en consecuencia, ordenar a Asesores en Derecho S.A.S. a expedir resolución de bono pensional o cálculo actuarial a la Fiduciaria la Previsora S.A. o en subsidio a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia o a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a efectuar su pago y a Colpensiones a incluir dicho tiempo, así como condenar a cada demandada al pago de perjuicios materiales y morales, intereses de mora o subsidiariamente a Colpensiones a pagar las sumas indexadas, lo *ultra y extra petita* y costas del proceso (pp. 1348-1375 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

Como fundamento fáctico de lo pretendido manifestó, en síntesis, que la Ley 95 de 1931 autorizó al Gobierno Nacional al desarrollo de una flota mercante con ayuda de

la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, mientras el Decreto 2078 del 22 de noviembre de 1940 creó el Fondo Nacional del Café y autorizó al Gobierno Nacional a suscribir un contrato con la precitada Federación para el manejo de dicha cuenta.

Posteriormente, la Federación Nacional de Cafeteros autorizó en el Acuerdo No. 1 del XIV Congreso Cafetero, la organización de la marina mercante y el Gobierno Nacional permitió a la Federación suscribir $9.000.000 USD en acciones con cargo al Fondo Nacional del Café, lo que conllevó a que por escritura pública 2260 del 8 de junio de 1946 se creara la Flota Mercante Grancolombiana, con participación en un 45% de la República de Colombia, un 45% de la República de Venezuela y un 10% de la República del Ecuador y tras el retiro de Venezuela, el 80% de las acciones corresponde a recursos del Fondo Nacional del Café, el cual pertenece a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y es administrado por la Federación Nacional de Cafeteros.

Afirmó que la Flota Mercante Grancolombiana no aprovisionó los aportes a pensión por el tiempo sin cobertura del ISS, siendo inscritos sus trabajadores hasta el 2 de agosto de 1990, de conformidad con la Resolución 0003296 del ISS, al cual nunca se le subrogó el periodo sin llamamiento, ni tampoco se acogió a conmutación pensional. De otra parte, su empleador cambió su nombre por el de Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., en todo caso, su junta directiva estaba conformada por 5 miembros principales y 5 suplentes, de los cuales 3 principales y 3 suplentes pertenecían a la Federación Nacional de Cafeteros, a su vez, el 80,07% de la Junta General de Accionistas la ocupaba la precitada Federación.

Aduce que el 31 de julio de 2000 la Superintendencia de Sociedades decretó la liquidación obligatoria de la Compañía de inversiones, la que se generó como consecuencia de las decisiones de la Federación Nacional, quien era la matriz y controlante de la liquidada por ser administradora del Fondo del Café, calidad que conllevó a la Corte Constitucional, a través de la sentencia SU-1023 de 2001, a ordenar a la Federación a suministrar los recursos para el pago de pensiones a los extrabajadores de la Compañía de Inversiones, decisión que reiteró la Superintendencia de Sociedades en auto del 22 de noviembre de 2012, proveído en el que también se advirtió que todo reclamo laboral o pensional debía efectuarse ante el Patrimonio Autónomo Panflota, administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A., a su vez, la precitada Superintendencia reabrió el trámite liquidatorio para designar un

mandatario a Panflota, que actualmente es Asesores en Derecho S.A.S., siendo los llamados a emitir el bono o calculo actuarial.

Afirma que múltiples sentencias de tutela, como la T-265 de 2007, T-674 de 2012 o las falladas por el Consejo de Estado, han ordenado efectuar y pagar el cálculo actuarial para efectos pensionales, realizados por Panflota con los recursos girados por la Federación Nacional de Cafeteros.

Afirma el demandante que laboró para la Flota Mercante mediante contrato de trabajo a término indefinido del 12 de julio de 1982 al 15 de mayo de 1990, para un total de 2820 días, equivalentes a 402,85 semanas, siendo su último cargo el de primer mecánico ajustador. Manifiesta que entre la extinta Flota y la Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial Unimar se suscribieron varias convenciones colectivas, en las que se pactaron que las pensiones de jubilación estarían a cargo de la empresa, de otra parte, señala que su salario se conformó por $622.17 USD por salario básico mensual, $79.20 USD por prima de antigüedad convencional, $100.84 US por horas extras, $179.60 USD por salario en especie (alimentación y alojamiento), $39.75 USD, por viáticos y suplementos y $85.07 USD por el 8,33% sobre el salario básico por incidencia de las primas extralegales conforme la homologación del laudo arbitral de 1973.

Señala que está afiliado a Colpensiones, administradora que no ha reclamado el bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante sin cobertura del ISS y a pesar de las reclamaciones administrativas que efectuó, no le han sido expedido dichos conceptos y mucho menos cancelados, lo que le ha generado graves perjuicios al retrasarle el disfrute de su pensión de vejez o de la indemnización sustitutiva.

2. La demanda correspondió al Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, quien con auto proferido el 25 de junio de 2018 la admitió, ordenó la notificación y el traslado de rigor.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Contestó con oposición a las pretensiones, bajo el argumento que no puede considerar el tiempo presuntamente laborado por el actor en la Flota Mercante Grancolombiana, ya que el

empleador no efectuó trámite alguno de afiliación, ni pagó de aportes, que de existir omisión en la afiliación corresponde al empleador la afiliación y pago retroactivo de los aportes a través de cálculo actuarial. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir y la declaratoria de otras excepciones (pp. 1390-1400 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

3.2. Fiduciaria la Previsora S.A. Fiduprevisora S.A. Se opone a las pretensiones, informa que en su calidad de sociedad fiduciaria, se limita a cumplir el encargo fiduciario en los términos del artículo 1226 CCo y, en el caso concreto, actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo Panflota, sin que por ello haya asumido la posición, o sea subrogatoria, cesionaria o sucesora procesal de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, únicamente administra los recursos transferidos por la Federación Nacional de Cafeteros, conforme las obligaciones que asumió en el contrato de fiducia mercantil 3-1-0138, que no es otro que el destinar los recursos al pago de mesadas pensionales y aportes a salud, advierte que el auto 400-017782 del 22 de noviembre de 2012 de la Superintendencia de Sociedades determinó que es la precitada Federación, como administradora del Fondo Nacional del Café, la responsable del pago a los pensionados a través del patrimonio autónomo, siempre y cuando exista un acto administrativo, expedido por el mandante de Panflota, que ordene tal reconocimiento, posición ejercida actualmente por Asesores en Derecho S.A.S.. En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación, imposibilidad de dar cumplimiento y la innominada (pp. 1449-1481, 2990-2999 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

3.3. Asesores en Derecho S.A.S. contestó con oposición a las pretensiones en su contra, señala que actúa como mandataria con representación de Panflota, en virtud del contrato de mandato 9264-001-2014, manifiesta que durante la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. no hubo recursos para cancelar as mesadas pensionales y aportes en salud, lo que generó su impago desde septiembre de 1999, asunto que fue conocido en la sentencia SU-1023 de 2001, en donde se ordenó a la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, para que de forma transitoria y mientras el liquidador no contara con los medios, proceda a transferir los recursos necesarios para pagar los dos emolumentos antes señalados, de conformidad con el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 y desde entonces la Federación pone a disposición de Panflota lo necesario,

medida que se ratificó en los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Sociedades y por los cuales culminó el proceso liquidatorio de la Compañía de Inversiones, que ordenaron la constitución de un mandatario de Panflota para atender las solicitudes laborales o pensionales a cargo de dicho patrimonio autónomo, asunto al que se limita la responsabilidad de Asesores en Derecho S.A.S. En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la Compañía de Inversiones el ISS no asumió los riesgos de IVM, ausencia de presupuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, oposición a la condena a costas y presuntos perjuicios y la genérica (pp. 1576-1612, 3047-3059 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

3.4. Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se opone a las pretensiones en su contra, asegura que conforme a la Ley 489 de 1998 no es responsable de reconocer ni otorgar pensiones y/o reliquidarlas, ni puede definir los conflictos entre la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y sus extrabajadores, ni es sucesora o sustituta de dicha sociedad, por lo cual no tiene obligación alguna con el actor, además, es contraria a la jurisprudencia de la Corte Constitucional señalar al Ministerio como responsable del pasivo pensional de la extinta Compañía, ya que se indicó que es la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, la llamada a transferir los recursos necesarios. Propuso las excepciones de indebida vinculación, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la genérica (pp. 1615-1641, 3102-3109 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

3.5. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Contestó con oposición a las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó como ciertos los referidos a la conformación de la Flota Mercante Grancolombiana y que el 100% del capital accionario en manos colombianas se financió con recursos del Fondo Nacional del Café, aseguró que no le consta como fue la política laboral y pensional de la extinta compañía, ni del contrato de trabajo que alega el demandante; de otra parte, indicó que todas las decisiones al interior de la Flota y posterior Compañía de Inversiones se tomaron de manera unánime, incluido el socio minorista Banco de Fomento del Ecuador, siendo entonces falso que obedecieran al capricho de la Federación, de otra parte, el reparto de utilidades efectuado en 1992 buscó evitar mayores impuestos a la Flota y no comprometió la capacidad de la marina para cubrir sus pasivos con sus activos, de otra parte, la sentencia SU-1023 de 2001 se limitó a imponer una medida

transitoria de protección, consistente en el pago únicamente de mesadas pensionales y aportes a salud causados desde junio 2001, lo que no incluye cálculos actuariales a favor de quienes no son pensionados, además tal medida solo perdura mientras la jurisdicción ordinaria define de fondo si le asiste responsabilidad a la Federación en el pago de dichos conceptos, más aún cuando la Superintendencia de Sociedades, en el proceso liquidatorio de la Flota, señaló que no es la Federación la responsable del pago de las obligaciones laborales o pensionales, sino el patrimonio autónomo Panflota, en todo caso, la responsabilidad del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 no se presume y en todo caso no fue la causante de la insolvencia económica que generó la extinción de la Flota. Formuló las excepciones de ausencia de responsabilidad subsidiaria, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, pago y compensación y la genérica (pp. 1672-1709, 3000-3046 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

4. Sentencia de primera instancia. El Juez 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la sentencia proferida el 7 de mayo de 2021 resolvió: *"PRIMERO: Declarar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante Luis Orlando Ariza Rodríguez y la sociedad Flota Mercante Grancolombiana entre el 12 de julio de 1982 y el 15 de mayo de 1990, con salario básico promedio de $543.100,10, en el cargo de primer mecánico ajustador, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la elaboración del cálculo actuarial por el demandante Luis Orlando Ariza Rodríguez, por el tiempo laborado para la Flota Mercante Grancolombiana comprendido entre el 12 de julio de 1982 al 15 de mayo de 1990, con un salario de referencia de $543.100,10, de conformidad al Decreto 1887 de 1994, según la parte motiva de esta providencia. TERCERO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a computar en la historia laboral del demandante Luis Orlando Ariza Rodríguez, el tiempo laborado a la Flota Mercante Grancolombiana, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. liquidada, comprendido entre el periodo 12 de julio de 1982 al 15 de mayo de 1990, de conformidad a la parte motiva de esta providencia. CUARTO: Declarar que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, como matriz y controlante de la sociedad Compañía de Inversiones Flota Mercante posteriormente Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. liquidada, tiene la responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones pensionales de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y se condena a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, que con los recursos del Fondo Nacional del Café debe suministrar a la Fiduciaria la Previsora, en su condición de administradora del patrimonio autónomo fuente de pagos, los recursos necesarios para cubrir el cálculo actuarial correspondiente al aquí demandante Luis Orlando Ariza Rodríguez. QUINTO: Condenar a Asesores en Derecho S.A., en su calidad de mandataria con representación con cargo a Panflota de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., a elaborar el acto administrativo de reconocimiento del cálculo actuarial emitido por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por el demandante Luis Orlando Ariza Rodríguez, por el tiempo laborado para la Flota Mercante Grancolombiana comprendido entre el periodo del 12 de julio de 1982 al 15 de mayo de 1990, con salario de referencia de $543.100,10, de conformidad al Decreto 1887 de 1994. SEXTO: Condenar*

a la Fiduciaria La Previsora, como administradora del patrimonio autónomo Panflota, hoy fuente de pagos, que una vez se cuente con la resolución emitida por parte de Asesores en Derecho S.A.S. en su calidad de mandataria con representación con cargo a Panflota de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., en relación al reconocimiento del cálculo actuarial y así mismo, por los recursos que le debe suministrar la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, deberá proceder al pago del cálculo actuarial a Colpensiones y a satisfacción de esta entidad, por el señor Luis Orlando Ariza Rodríguez, por el tiempo laborado a la Flota Mercante Gran Colombiana, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante liquidada, comprendido en el periodo del 12 de julio de 1982 al 15 de mayo de 1990, con un salario de referencia de $543.100,10, de conformidad al Decreto 1887 de 1994, conforme a la parte considerativa de esta providencia. SÉPTIMO: Declarar probada la excepción propuesta por la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de inexistencia de obligación alguna en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda y por lo tanto se absuelve de las pretensiones incoadas en su contra, por lo expuesto en la parte motiva. OCTAVO: Declarar probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por Asesores en Derecho S.A.S. en su calidad de mandataria con representación con cargo a Panflota la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y por Fiduprevisora S.A. como administradora del patrimonio autónomo Panflota, hoy fuente de pagos, esto respecto de los perjuicios morales y materiales e intereses moratorios e indexación y en consecuencia se les absuelve de esas pretensiones y no probadas las demás excepciones planteadas por estas demandadas de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia. NOVENO: Condenar en esta instancia en costas a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, a favor de la parte actora, debe liquidarse e incluirse como agencias en derecho la suma de $4.000.000".

5. Recursos de apelación de las partes. Inconformes con la sentencia de instancia se formuló por las partes recurso de apelación, bajo la siguiente sustentación:

5.1. Del demandante. *"solamente parcial en cuanto absuelve al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, si bien es cierto el numeral séptimo, usted declara la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, entidad privada, no es menos es cierto es que si esta entidad privada desaparece o desaparece el Fondo Nacional del Café, pues quedaría inane la responsabilidad en el pago de esta sentencia. Para ello, me remito al artículo 66 de la Ley 66 de 1942, en su artículo 4º, en la cual indica claramente que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público responderá por todas las deudas que queden del Fondo Nacional del Café. Así mismo, el Consejo de Estado en la Sala de Conflicto Civil del 15 de febrero de 2001, también estableció que la Nación era la responsable en caso de que quedaran deudas insolutas de la liquidación de la Flota Mercante Grancolombiana. También indicó al Despacho que en este momento cursa un proyecto de ley en el Congreso de la República, donde el Centro Democrático pretende que el Estado Colombiano asuma las deudas que dejó la Flota Mercante Grancolombiana y para ello que sea el Estado el que pague esas deudas y no el Fondo Nacional del Café, por ello queda claro que el Estado colombiano todavía no debería salir de este de este proceso jurídico hasta que no esté satisfecha esta sentencia. No tengo nada más que apelar en ese sentido"*.

5.2. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. *"Como le he manifestado hace un instante, son básicamente quizá cuatro grandes puntos las razones por las cuales procedo a interponer el recurso, en virtud especialmente de la declaratoria que hace un instante su señoría y su despacho acaban de proferir y respecto de la decisión de declarar la responsabilidad subsidiaria de mi representada, para lo cual se acudió, pues al entonces parágrafo del artículo 48 de la Ley 222 de 1995 o dado que se dice o se aduce por parte del Despacho que dicha condición planteada dentro de tal norma no fue desvirtuada la carga que hubiera podido corresponderle a mi representada. En primer lugar, su señoría y dado que esta es la fuente de todas las razones de la condena de mi representada, yo me aparto de dicha postura del Despacho y por lo tanto debo decir que en contrario sí se probó la inexistencia de esa responsabilidad subsidiaria, en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café y por el contrario su señoría, le ruego al honorable Tribunal tenga en cuenta que fue más bien la parte demandante quien, teniendo la obligación también de así demostrarlo, no probó los demás elementos que conforman esa responsabilidad, respecto de la cual se predica una presunción que al final pues es desvirtuable, cosa que pues paso a explicar a continuación. El demandante había asegurado su Señoría, sobre este primer punto, que la responsabilidad subsidiaria opera por Ministerio de la ley y para ello señaló una sentencia de julio del 2012 de la sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y en dicho fallo se trae a colación la sentencia SU-1023 de 2001, que como el Despacho lo mencionó en su momento, pues se trató de una sentencia con un carácter transitorio y que terminó por resolver una responsabilidad subsidiaria de parte de la Federación Nacional de Cafeteros, con fundamento, como lo mencionaba hace un segundo, en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222, el cual vale la pena recordar porque dado que estas son las fuentes de las obligaciones que se aducen respecto de mi representada, me parece importante retomar para que el Tribunal lo estudie, que es claro que la situación o respecto de la cual se predica la eventual responsabilidad o presunción de la responsabilidad subsidiaria es respecto de la situación concursal y no de la responsabilidad en sí misma y eso también lo ha dicho no solamente la SU 1023, sino también lo ha lo ha pronunciado en distintas ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aunado más que puede esto desvirtuarse mediante la prueba de que la situación del concurso tuvo lugar por un hecho distinto a la decisión de la controlante o que a pesar de mediar las decisiones, el poder ejercido no fue el culpable, pues los demás socios, como su Despacho tuvo a bien manifestarlo, pues tuvieron que ver con esa decisión unánime y me refiero en específico pues a la liquidación de la entonces Flota Mercante. Yo quisiera precisamente basarme en las mismas pruebas que encontró el Despacho, son la multiplicidad de razones las que se expusieron en la sentencia, precisamente las que le permitirán al Tribunal concluir que mi representada como accionista de la entonces en Flota Mercante, pues lo que intentó fue precisamente a través de multiplicidad de negocios, de alternativas, de formas de encontrar caminos comerciales, sacar avante una situación que financieramente resultaba claramente inviable, de hecho, vale la pena preguntarse si el Tribunal puede estimar cómo es posible probar que se intentó salvar una compañía o que no se debió a las decisiones de una compañía, sino es por virtud precisamente de negocios comerciales que no estaban representando una utilidad para la compañía, si eso no es así, pues la Federación no hubiera podido ser quien respaldará una operación que financieramente no estaba dando su Señoría y por lo tanto, me parece importante, pues destacar entonces dos aspectos en este punto, en primer lugar, pues que no existe entonces una presunción legal plena de la responsabilidad, pues la misma sólo opera respecto de dos de sus elementos y segundo, que existe más bien una ausencia total de los presupuestos constitutivos de la responsabilidad subsidiaria, dado que nunca se configuró en no solamente los que se presumen, sino que adicionalmente no fue la parte demandante quien probó los demás presupuestos*

y esto tiene mucho que ver con dos o tres situaciones que fueron planteadas en su sentencia y por parte del Despacho de la a quo son las siguientes, en primer lugar, que presuntamente la situación de concordato o liquidación obligatoria haya sido producida por causa de las actuaciones de la controlante, segundo, que dichas actuaciones se hubieren realizado en virtud de la subordinación ejercida por la matriz, tercero, que las actuaciones de la controlante se hubiesen realizado en su interés propio o en interés de otras subordinadas y cuarto, que las actuaciones de la controlante se hubiesen realizado en contra o del beneficio de la sociedad en concordato, es decir, que no se hubiesen adoptado en beneficio de ésta, de manera que pues es claro que la presunción legal solamente recae por esa situación concursal que proviene de una decisión de la matriz y que además es adoptada en contra de los beneficios de esa subordinada, de manera que el objeto de la presunción, como lo acabo de mencionar, pues no es la responsabilidad en sí misma, sino la situación concursal que dio lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada y respecto del segundo punto, esto es, que hay ausencia total de los presupuestos constitutivos de la responsabilidad subsidiaria, es claro y así lo deberán establecer los honorables magistrados del Tribunal, que dentro del presente proceso se probó de que desde finales de los años 80 y así inclusive me apego al buen digamos ejercicio de discriminación que hace la a quo en este instante, fueron precisamente multiplicidad de decisión o de circunstancias alrededor de la actividad de la compañía, de la entonces Flota Mercante, la que permite establecer precisamente que no fue una decisión caprichosa que hubiera podido corresponder a mi representada para que se termine por declarar la responsabilidad subsidiaria, como de alguna manera se estableció a través de los criterios que señala la sentencia de primera instancia. En primer lugar, también lo dijo el Juzgado, pues un escenario de disminución de reserva de carga nacional, decisiones que han sido tomadas por el Estado colombiano y que han expuesto pues a la compañía a una competencia abierta con las grandes navieras del mundo, asunto que ya venía haciendo para finales del año 1980, para el año 1992, pues ese negocio naviero, como me aventuro a explicarlo, continuó en depresión, generando nuevamente pérdidas operativas, aspecto que queda probado precisamente con los documentos que obran dentro del expediente, quisiera en este punto volverlos a destacar, porque pues fue de ellos de los que se echó a mano para poder declarar la responsabilidad subsidiaria y creo yo que son precisamente esos mismos documentos los que terminan por establecer que no se trató de una decisión caprichosa, sino que prueban que la situación de la entonces Flota Mercante era una situación que, financieramente hablando, resultaba inviable y que precisamente eso convocó a que mi representada, en su calidad accionista, hiciera o tomara partido dentro de las decisiones de la compañía a fin de lograr lo que toda sociedad comercial pretende, que es pues sea una sociedad digamos que genere eventualmente utilidades. Aunado a ello, debido a las reformas pues del Gobierno, la Flota Mercante Grancolombiana dejaría de estar exenta del impuesto de renta, esto ya desde el año 1993, la privatización de las entidades estatales, de hecho, vale decir que el Juzgado echa de menos que precisamente que la Flota en su momento sí destinó casi 50.000 millones de pesos para constituir un patrimonio autónomo que precisamente se encargara de estos derechos pensionales y no, cómo se trató de decir que fue que dejó, digamos, de alguna forma a la deriva cualquier posibilidad o riesgo relacionado con la situación pensional de aquellos que estaban a su cargo, se construyeron precisamente alianzas comerciales, eso a bien tuvo en establecerlo el a quo cuando se constituyeron sociedades que se dedicarían precisamente al transporte marítimo. Para el año 1998, fue una crisis económica la que llevó a que las inversiones de la compañía no fueron las esperadas y en 1999 se presentaban, pues más pérdidas que utilidades en el en el sector inmobiliario, donde la compañía había hecho importantes inversiones, precisamente para socavar o terminar de proteger intereses que le correspondían a la compañía y que eran, pues, en auspicio de una protección

de esos eventuales trabajadores y pues al final lo cierto es que pues esto conllevó a que fuera necesaria la liquidación y no a una decisión, digamos caprichosa, ni a una serie de negocios que intentaran obviar la situación de subordinación de esta compañía y, por el contrario, más bien para promover, pues, una situación desde la perspectiva comercial, un poco más llevadera. Entonces, pues precisamente teniendo en cuenta todo lo anterior, su Señoría en este primer aspecto, pues cuál era entonces la decisión abusiva que había adoptado la Federación Nacional de Cafeteros para para perjudicar a la entonces Flota Mercante, yo consideraría muy respetuosamente y dirigiéndome en este caso a los honorables magistrados, pues que no fue ninguna, que por el contrario está probado que todo lo que se ejecutó por entonces la Flota y pues precisamente apegado, digamos, a sus a las actuaciones de sus socios, estuvieron dirigidos precisamente a aliviar las situaciones de decadencia económica y pues dado que los múltiples esfuerzos no obtuvieron resultado, pues lo natural era proceder con esas liquidaciones, pues porque revierte la normalidad de toda sociedad comercial, que es la producción de una serie de utilidades, esto digamos como primer punto. Como segundo lugar, su Señoría advirtió que, en todo caso, digamos en gracia de discusión, tiene uno que tener en cuenta que había una clara inexistencia, pues de la obligación en cabeza el empleador de pagar estos aportes, a pesar de que inextenso el Despacho aduce razones por las cuales sí existía dicha obligación, yo respetuosamente me aparto de dicha postura, dado que para el demandante, si bien la obligación del empleador de responder por el tiempo servido por el trabajador sin la afiliación debida data desde el momento en el que surgió la obligación para que él de afiliarlo al ISS, lo cierto es que el presidente aplicable es la sentencia C-506 de 2001, según la cual se declaró exequible la expresión siempre que la vinculación laboral y esto lo digo textualmente "se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley", contenida en el literal c del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y pues precisamente en palabras de la Corte y de dicha sentencia a la que acabo de hacer alusión, lo cierto es que se dijo allí que ahora solo con la Ley 100 de 1953 (Sic) se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, la cual es el aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la ley o que se inició con posterioridad a la misma y terminar por decir, dice la sentencia, crear en cabeza el empleador una obligación retroactiva frente a una relación jurídica ya extinguida, sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho y pues por lo tanto, por eso de allí mi oposición a considerar que es precisamente la existencia de una serie de presupuestos o de sentencias también de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, las que permiten establecer pues que se trata de un escenario en el que sea necesario crear en cabeza de mi representada una obligación respecto de una omisión que claramente proviene del legislador. En tercer lugar, su Señoría en gracia de discusión, en caso de considerar que se adeudan, pues los aportes, pues esto referido al punto de la liquidación del cálculo actuarial que ya se ordenó respecto de mi representada, quisiera que tal orden solo tendría cabida únicamente bajo la excepción de inconstitucionalidad del literal c del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo anterior, basándose pues precisamente en el principio de legalidad, es de resaltar que los cálculos actuariales que hoy se liquidan por los fondos pensionales, pues como sumas a entregar antes de la entrada en vigencia de la ley 100, pues no contemplaban una serie de digamos conceptos o rubros que ahora habiéndose ordenado liquidar ese cálculo actuarial con fundamento en el decreto 1887 de 1994, pues termina siendo 10 veces más costoso que el pago de los aportes indexados, esto por cuanto no existiría otra forma de considerar que si bien se está dejando de implicar el parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 por vía de la excepción de

*inconstitucionalidad, pues mal haría entonces en utilizarse el Decreto 1887, que es aquel que reguló precisamente la forma en la que se liquidan aquellas pensiones con fundamento en el artículo 33, de forma que, pues como lo digo, de inaplicarse el artículo 33 por vía de excepción no se puede en ningún caso aplicar pues la norma que lo reglamenta, debido a que se cae la fuente de la misma y en consecuencia tenemos que si se llega a concluir que existe el deber de pagar algún aporte o algún concepto, no tenemos norma que establezca la forma en la que se debe liquidar dichos conceptos, ya que estamos pues inaplicado la norma que reglamenta la forma de liquidación por vía de excepción de inconstitucionalidad, aunado a esto, quisiera pues establecer que en caso de que se mantenga esa decisión, se tenga como fundamento lo dispuesto en las en las sentencias T-543 de 2015, que trae a colación la T-435 de 2014, pues que tiene que ver con cómo se deben liquidar estos cálculos actuariales teniendo como de presente los aportes faltantes y no por la totalidad del tiempo completo laborado, sino es necesario restante para que pueda pensionarse en caso de aquellos que pudieran aspirar legítimamente pues a una pensión, por lo tanto, como criterios solicitó al honorable Tribunal tenga presente pues que se debe acreditar precisamente la imposibilidad del peticionario de acceder a esa pensión, tener en cuenta únicamente los aportes faltantes y el salario mínimo de la época en la que se ejecutó la relación laboral y que el trabajador deba contribuir precisamente al pago o concurrir al pago de esto, tal y como lo ha establecido sentencias, como la más reciente que la fue la T-281 de 2020, en la que se estableció que la empresa únicamente debe asumir el 50% del valor de ese título pensional, debiendo asumir el otro 25% de la nación y el otro 25% restante el trabajador y no la totalidad mi representada, aspecto sobre el que ampliaré mis posturas ante el Tribunal. Por último, su Señoría o señores Magistrados, se debe tener presente que la sentencia pues desconoce claramente la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Café y las obligaciones que la Federación pues había asumido en virtud del contrato de administración suscrito precisamente con el Gobierno Nacional, de manera que debo hacer hincapié en que únicamente tiene competencia mi representada para afectar estos recursos parafiscales en los términos del contrato de administración suscrito con la Nación y para los fines allí previstos, porque lo cierto es que esto no se va a reflejar en una pensión para el accionante y por el contrario, lo que se trata es de un detrimento pues del erario público, en este caso encabeza del Fondo Nacional del Café, que es una cuenta especial de naturaleza parafiscal y de titularidad de la Nación y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, destinado especialmente para atender personas de estrato 1 y 2. Por lo tanto, su Señoría en esos términos dejó mi recurso de apelación, los cuales ampliaré ante el Tribunal en su debida oportunidad, muchas gracias".***

5.3. Fiduciaria la Previsora S.A. Fiduprevisora S.A. *"Como apoderado del Patrimonio Autónomo, Panfleto representado por Fiduprevisora S.A., me permito interponer recurso de alzada en los siguientes términos. En primer lugar, se considera, a riesgos generales, que se desconoció el principio de inestabilidad de la norma, como bien se sabe, este principio obliga al Juez a que utilice de forma íntegra la norma aplicable del caso concreto, sin que pueda admitirse la utilización arbitraria o fragmentada de las normas, tomando lo más favorable de cada una de ellas, según indicó la sentencia SL1752 de 2017 del 1º de febrero de 2017 expedida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. En el presente caso se considera que, si bien el Despacho acertó en la responsabilidad solidaria de la Federación como administrador del Fondo Nacional del Café, lo cierto es que omite aplicar íntegramente las consecuencias de dicha responsabilidad, de la responsabilidad solidaria, al radicar la responsabilidad de pago principalmente en el patrimonio autónomo Panflota y en el evento en que no hayan recursos en la Federación, cuando contrario a lo previsto en el en el artículo 61 de la*

Ley 1116 de 2006, se precisa que extinguida la sociedad subordinada, en este caso la flota mercante, quien se subroga en los pasivos es la sociedad matriz a través de la figura de la responsabilidad subsidiaria, en efecto, la Federación no acreditó haber girado los recursos relacionados con el cálculo actuarial al Patrimonio Autónomo previo al proceso judicial, ni durante el trámite del mismo, luego debió aplicarse las consecuencias plena de la responsabilidad subsidiaria, esto es, el pago por parte de la Federación del cálculo actuarial sin intermediación del patrimonio autónomo Panflota, pues recuérdese que esta parte adjetiva aportó el auto 400010509 expedido por la Superintendencia de Sociedades, en la cual indicó lo siguiente "el pago de las mesadas Pensionales y aportes salud no está supeditado a la existencia de un contrato de fiducia mercantil ni a ninguna otra figura jurídica, lo anterior implica que las obligaciones a cargo de la Federación como sociedad matriz, sino giró a la fiduciaria o al patrimonio autónomo previamente los recursos, la matriz deberá cumplir directamente la obligación de pago en virtud de la responsabilidad subsidiaria y no a través de un instrumento de inversión o de intermediación, como lo es el patrimonio autónomo, ni en ninguna otra figura jurídica, tal como lo indicó el Juez del concurso". Se considera que de haberse aplicado completamente los efectos de la responsabilidad subsidiaria, la honorable juez a quo hubiera condenado a la sociedad matriz en los términos del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, sin incluir al patrimonio autónomo como intermediario del cumplimiento de dicha obligación, máxime se insiste cuando la Federación no acreditó haber girado o provisionado los recursos líquidos en el Patrimonio Autónomo para pagar el cálculo actuarial que en esta causa se declaró a favor de la parte demandante. En esos términos, solamente en ese aspecto fundamento el recurso de alzada para que ante el Tribunal se modifique la decisión adoptada por el a quo y se absuelva a mi representada de la condena impuesta".

6. Alegatos de conclusión. Dentro del término concedido en segunda instancia se presentaron los siguientes alegatos de segunda instancia.

6.1. Del demandante. Reiteró su solicitud de condenar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público hasta tanto las otras accionadas no cumplan las ordenes impuestas en el fallo, de otra parte, reclama que el pago del cálculo actuarial debe asumirlo el empleador en su totalidad y liquidarse considerando todos los factores salariales y reafirma la procedencia de las condenas impuestas en primera instancia.

6.2. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Insiste en que el fallo apelado debe ser revocado, al no existir merito para declarar su responsabilidad subsidiaria, ya que la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante no fue generada por la Federación, de otra parte, no hay omisión de afiliación ya que el llamado al ISS fue progresivo y, en gracia de discusión, solo en virtud del principio de equidad se puede imponer el pago de aportes por periodos en los que no hubo cobertura, si ello permite adquirir el derecho pensional, condición que no se da en el caso concreto, pero aún de ordenarse el cálculo actuarial, debe ser liquidado sobre un salario mínimo y solo por los aportes faltantes y no por la totalidad del tiempo de servicio, asumiendo el empleador el 50% del pago, finalmente manifiesta que no se

pueden afectar recursos del Fondo Nacional de Café para financiar situaciones no contempladas en los objetivos de dicho fondo parafiscal y, en todo caso, cualquier controversia relativa a la incidencia salarial de factores esta prescrita.

6.3. Fiduprevisora S.A. Solicita revocar el fallo de primera instancia, alegando que no procede condenar al patrimonio autónomo Panflota, a través de su administrador y vocero, al pago de las condenas, las cuales deben ser asumidas por la Federación Nacional de Cafeteros, en virtud de su responsabilidad subsidiaria, ya que Panflota no cuenta con recursos para cumplir las órdenes de la sentencia.

6.4. Colpensiones. Reclama la revocatoria del fallo, indica que conforme el artículo 13 de la Ley 171 de 1961 y 38 del Decreto 3041 de 1966, el empleador debía aprovisionar los recursos por los tiempos sin cobertura del ISS, por ende, solo hasta que el empleador solicite y pague el cálculo actuarial podrá considerar los tiempos de servicio para efectos pensionales.

7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A CPTSS, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: **1)** ¿erró la jueza a quo al reconocer el derecho al pago del cálculo actuarial por el periodo en que no se efectuaron aportes por el tiempo que laboró el demandante ante la falta de cobertura del ISS? En caso de ser despachados desfavorablemente el anterior interrogante, se resolverán los siguientes problemas: **2)** ¿resultó desacertado que la jueza a quo condenara a la Fiduprevisora S.A. al pago del cálculo actuarial?; **3)** ¿se equivocó la jueza a quo al declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en el pago del cálculo actuarial, conforme los artículos 148 de la Ley 222 de 1995 y 61 de la Ley 1116 de 2006?; **4)** ¿procedía que la jueza no impartiera condena contra la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de la condena al cálculo actuarial?; **5)** ¿desacertó la jueza a quo al considerar que el cálculo actuarial se debe liquidar con el salario devengado en el último periodo no cotizado e incluir otros emolumentos distintos al salario base y señalar que el 100% del pago está a cargo de las demandadas?.

8. Grado jurisdiccional de consulta. Teniendo en cuenta que la sentencia que se revisa fue adversa a Colpensiones, se examinará la providencia en consulta en lo desfavorable a dicha parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 y lo expuesto por la jurisprudencia laboral por ejemplo en la sentencia CSJ SL 2807-2018 Rad. 68769.

9. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que **revocará parcialmente** los numerales primero, quinto y sexto y **modificará** el numeral segundo, **confirmando** en lo demás la sentencia de primera instancia.

10. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Ley 95 de 1931; Arts. 72, 76 Ley 90 de 1946; Arts. 260, 261 CCo; Art. 135 CST; Art. 66A CPTSS; Arts. 33 Ley 100 de 1993; Arts. 17, 148 Ley 222 de 1995; Art. 9 de la Ley 797 de 2003; Art. 61 Ley 1116 de 2016; Decreto 2078 de 1940; Decreto 1887 de 1994; Decreto 3041 de 1966, Decreto 1833 de 2016; Decreto 1296 de 2022; CC SU-1023 de 2001; CSJ SL9856-2014, CSJ SL15310-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL7251-2015, CSJ SL7854-2015, CSJ SL2138-2016, CSJ SL3892- 2016, CSJ SL10122-2017, CSJ SL3547-2018, CSJ SL5535-2018, CSJ SL471-2019, CSJ SL826-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL3995-2019, CSJ SL2353-2020, CSJ SL2584-2020, CSJ SL3005-2020, CSJ SL5110-2020, CSJ SL673-2021, CSJ SL2059-2021, CSJ SL2421-2021, CSJ SL2465-2021, CSJ SL4843-2021, CSJ SL5041-2021, CSJ SL2340-2022, CSJ SL2876-2022, CSJ SL3154-2022, CSJ SL3847-2022, CSJ SL4282-2022, CSJ SL4321-2022, CSJ SL087-2023, CSJ SL244-2023, CSJ SL1080-2023.

11. Cuestión preliminar. Previo a dar solución a los problemas jurídicos planteados, de cara al recurso de apelación de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, la Sala no efectuará pronunciamiento alguno sobre la petición de dicha parte de considerar que la controversia sobre la incidencia de factores salariales está prescrita, por tratarse de un tema nuevo que no fue oportunamente alegado y sustentado en su recurso de apelación, lo que implica que el Tribunal carezca de competencia para resolver al respecto, conforme al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

Consideraciones

Analizado el expediente, debe decirse que en esta instancia no se discute la vinculación laboral del demandante con la extinta Flota Mercante Grancolombiana, luego Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, a través de contrato de trabajo a término indefinido vigente del 12 de julio de 1982 al 15 de mayo de 1990, tampoco es objeto de debate que el actor estuvo afiliado a la Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial UNIMAR y se benefició de la convención colectiva de trabajo de 1988 y del aludo arbitral del 16 de junio de 1977 (pp. 1110-1117, 1119-1206, 1247-1249 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

Precisado lo anterior, a continuación procede la Sala a dar solución a los problemas jurídicos planteados así:

¿Erró la jueza a quo al reconocer el derecho al pago del cálculo actuarial por el periodo en que no se efectuaron aportes por el tiempo que laboró el demandante ante la falta de cobertura del ISS?

Para resolver este primer interrogante, aunque la Corte Suprema de Justicia en un primer momento llegó a considerar que el empleador carecía de responsabilidad por la falta de afiliación de un trabajador al Subsistema de Pensiones por falta de cobertura del extinto ISS (CSJ SL Rad. 26078 del 24 de julio de 2006, CSJ SL Rad. 29.180 del 29 de julio de 2008, CSJ SL Rad. 32942 del 1º jul. 2009 y CSJ SL Rad. 39914 del 10 julio de 2012), tal criterio fue recogido.

En efecto, en las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 abandonó la anterior tesis y en su lugar endilgó responsabilidad por la omisión de la afiliación al Subsistema de Pensiones por falta de cobertura del ISS, considerando que si bien del carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 sería sustituido gradualmente por la entidad de seguridad social cuando empezara a operar, el operado debía realizar la provisión proporcional al tiempo laborado por el trabajador para entregarla a dicha entidad en un momento dado, a fin de garantizar el derecho pensional, ya que por una omisión legislativa no es razonable cargar las consecuencias adversas de la falta de afiliación al trabajador.

Por lo anterior, la falta de llamamiento a inscripción en los términos del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, no se tradujo la ausencia de obligaciones a cargo del empleador en perjuicio de la protección integral del trabajador a través del Subsistema de pensiones, por tanto, procede ordenar el pago del cálculo actuarial por el tiempo laborado pero no cotizado.

La posición antes descrita ha sido reafirmada, de forma pacífica desde entonces, la que es compartida por esta Sala, por cuanto la falta de cobertura en determinadas zonas geográficas o sectores industriales no puede truncar el derecho pensional, por el contrario, debe nutrirlo con el reconocimiento de un dinero que permitirá su causación o beneficiará su monto en el ingreso base de liquidación o tasa de reemplazo (CSJ SL7251-2015, CSJ SL7854-2015, CSJ SL2138-2016, CSJ SL3892-2016, CSJ SL10122-2017, CSJ SL3547-2018, CSJ SL5535-2018, CSJ SL3995-2019,

CSJ SL5110-2020, CSJ SL673-2021, CSJ SL2059-2021, CSJ SL2421-2021, CSJ SL2465-2021, CSJ SL4843-2021, CSJ SL2876-2022, CSJ SL3847-2022, CSJ SL4321-2022 y CSJ SL244-2023).

De otra parte, el derecho a reclamar los aportes no cancelados por el empleador en razón a la falta de cobertura del ISS no es afectado por la prescripción extintiva, por tanto, puede ser alegado en cualquier tiempo, al estar íntimamente relacionado con la condición jurídica de pensionado y constituir un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible, tal y como ha concluido en reiteradas ocasiones el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral (CSJ SL826-2019, CSJ SL3005-2020, CSJ SL5041-2021).

En consecuencia, no erró la jueza a quo al concluir que el demandante tiene derecho al reconocimiento, para efectos pensionales, a la inclusión del tiempo laborado del 12 de julio de 1982 al 15 de mayo de 1990, tiempo en que el empleador no hizo aportes por la falta de cobertura del ISS, ya que hasta la Resolución 003296 del 2 de agosto de 1990 el extinto ISS hizo el llamado a inscripción del personal de las empresas y agencias de transporte marítimo, lo cual explica porque en la historia laboral del accionante no hay cotizaciones por el tiempo laborado con la extinta Flota Mercante Grancolombiana (pp. 268-269, 3143 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

¿Resultó desacertado que la jueza a quo condenara a la Fiduprevisora S.A. al pago del cálculo actuarial?

El apoderado de la Fiduprevisora alegó en su recurso de apelación que el fallo de primera instancia desconoce el precedente jurisprudencial, que señala a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y no a la entidad fiduciaria como el responsable de entregar los recursos para el pago de mesadas pensionales, pese lo cual se trasladó a Panflota la obligación dineraria.

Revisadas las pruebas obrantes en el plenario y como se dijo al inicio de estas consideraciones, no hay duda que el demandante fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana, luego Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, a través de contrato de trabajo a término indefinido vigente del 12 de julio de 1982 al 15 de mayo de 1990.

Así las cosas, era dicha Flota la responsable del pago de los aportes a pensión por el periodo de falta de cobertura del ISS, sin embargo, la existencia jurídica de esa entidad finalizó en el proceso liquidatorio que se adelantó por la Superintendencia de Sociedades.

No obstante, fue la Superintendencia de Sociedades, juez del proceso concursal contra la Flota, quien por auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012 ordenó *"ARTÍCULO VIGESIMO QUINTO.- ORDENAR a la sociedad Fiduciaria Previsora S.A., administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, que una vez cuente con los recursos para el pago de las mesadas pensiones y aportes en salud suministradoras por la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, efectuar el pago en forma inmediata, mediante el mecanismo y procedimiento idóneo y efectivo, para lograr de esta manera el pago oportuno de las obligaciones pensionales y de aportes en salud"* (pp. 675-697 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

De otra parte, con auto 400-010509 del 7 de junio de 2013, la Superintendencia de Sociedades ordenó *"ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR LA REAPERTURA del proceso liquidatorio de la sociedad COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA con el FIN ÚNICO Y EXCLUSIVO que el liquidador, doctor FELIPE NEGRET MOSQUERA, dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, proceda a nombra un mandatario con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA para efectos de que atienda las solicitudes y trámites pensionales de los extrabajadores de la concursada y sus beneficiarios"* (pp. 722-726 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

Entonces, es claro que en el proceso liquidatorio obligatorio de la Flota, se constituyó un patrimonio autónomo, para que, con cargo a los recursos de éste se paguen las acreencias pensionales de los extrabajadores, en consecuencia, se confirmará la condena en contra de Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora de Panflota, siendo dicho patrimonio autónomo y no el capital de la sociedad fiduciaria el que debe ser gravado para cumplir las condenas dictadas en el caso bajo estudio, esto es, la condena menciona expresamente a la Fiduprevisora S.A. por ser la sociedad vocera de Panflota, hecho que no se puede malinterpretar como una falta de aplicación de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz, tal y como pasa a explicarse.

¿Se equivocó la jueza a quo al declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en el pago del cálculo actuarial, conforme los artículos 148 de la Ley 222 de 1995 y 61 de la Ley 1116 de 2006?

El artículo 260 CCo define que una sociedad será subordinada o controlada si su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo evento se llamará subsidiaria.

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 222 de 1995 modificó el artículo 261 CCo, definiendo que se presume la subordinación cuando, entre otras circunstancias, 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 éstas, sin que para tal efecto se computen las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

Cabe aclarar que el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 fue derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, sin embargo, su tenor literal fue adoptado integralmente en el artículo 61 de la última norma antes citada, motivo por el cual las alusiones y consideraciones que en su momento se hicieron sobre artículo 148 de la Ley 222 se pueden entender válidamente realizadas respecto el artículo 61 de la Ley 1116, habida cuenta la identidad material entre ambas normas.

Descendiendo al caso bajo estudio, está acreditado que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia aceptó los hechos 1.1. a 1.5 y 1.8 de la demandada, reconociendo que mediante la Ley 95 de 1931 se autorizó al Gobierno Nacional a fomentar la creación de una compañía nacional de marina mercante, mientras el Decreto 2078 de 1940 creó al Fondo Nacional de Café y autorizó al Gobierno Nacional a celebrar un contrato con la precitada Federación, a fin de que ésta última administrara el Fondo.

Por Acta del Comité Nacional de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se tomó la decisión de crear una empresa de transportes marítimos, garantizando una participación de la Federación superior al 50% del capital de la naviera, lo que conllevó a que en contrato suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación se autorizará a esta última a adquirir $9.000.000 USD en la recién constituida Flota Mercante Grancolombiana, recursos obtenidos del Fondo Nacional del Café, lo que conllevó a que la Federación ostentará el 45% del capital social de la naviera.

Mediante escritura pública 1390 del 31 de marzo de 1954, se retiró Venezuela como accionista de la Flota, tras lo cual la Federación consolidó el 80,07% del capital social,

circunstancia que conforme el artículo 17 de la Ley 222 de 1995 convirtió a la Flota en subordinada de la Federación, situación reflejada en el certificado de existencia y representación legal de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., que indica *"QUE POR DOCUMENTO PRIVADO DEL 29 DE ABRIL DE 1998 (…) LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA (…) COMUNICÓ QUE EN SU CONDICIÓN DE ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ Y CON RECURSOS DE ESTE COMO MATRIZ, SE HA CONFIGURADO UNA SITUACIÓN DE CONTROL CON LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA"* (pp. 87-94-612 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

En virtud de los anteriores medios de prueba, no existe duda de la calidad de subordinada de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. respecto la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, circunstancia que ha sido ampliamente reconocida por la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL15310-2014, CSJ SL471-2019 y CSJ SL3154-2022, CSJ SL1080-2023).

Pasa ahora la Sala a verificar el cumplimiento de los presupuestos señalados en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 y posteriormente en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, normas que no solo consagraron la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz o controlante por las obligaciones de las compañías subordinadas que entran en concordato o liquidación obligatoria, sino que además indicó que 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"*.

Resulta relevante que la Corte Constitucional en la sentencia CC SU-1023 de 2001, concluyó al respecto que *"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"*.

Como quiera que se activó la presunción de que la liquidación de la sociedad subordinada (Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.) obedeció a actuaciones derivadas del control de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, le correspondía a esta última desvirtuarla.

Asegura el apoderado de la Federación que la jueza a quo no analizó los elementos de prueba que acreditan que la liquidación de la Flota obedeció a razones ajenas a las acciones de la sociedad controlante.

Revisadas esas instrumentales, en especial el denominado *Estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana* (pp. 2667-2982 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*"), se alegan como razones del decaimiento y extinción de la Flota que:

1. Hubo periodos deficitarios de 1989 hasta 1999 (salvo 1992 y 1995) debido a la reducción de los fletes desde 1980 con ocasión a la creciente competencia internacional marítima, situación que se agravó en 1991 con la eliminación de la reserva de carga en instantes donde los fletes correspondían al 95% de los ingresos de la compañía.

Indicó el Estudio que por el aumento de costos y descenso de los fletes, desde 1980 se buscaron nuevos negocios para reducir los gastos operativos como reestructuraciones, inversión tecnológica, tercerización, reducción del tonelaje y del alquiler de buques. No obstante, desde 1959 la utilidad operativa bruta era insuficiente para cubrir los gastos, no obstante, los ingresos operativos contrarrestaban las pérdidas, pero desde 1989 fueron superados.

Llama la atención del Tribunal que en dicho escenario se expresó que en 1992 fueron repartidas las utilidades de la Flota entre sus socios, debido a la *apremiante* situación del Fondo Nacional del Café por lo cual la Federación retiró los recursos invertidos, situación que según el autor del estudio no generó crisis, porque en 1992 la Flota mostraba signos de recuperación económica y además era necesario el reparto de utilidades porque la reforma tributaria de 1992 eliminó la exención del impuesto a la renta del que disfrutó la compañía desde su creación y fijó una tasa del 37,5%, por lo que esperar mayores

utilidades en el futuro aplazando las medidas de 1992 solo hubiera repercutido en mayores impuestos.

2. La reestructuración de la Flota en una Compañía de Inversiones el 5 de febrero de 1997, lo que conllevó la entrega de las operaciones marítimas a la recién creada Transportación Marítima Grancolombiana el 23 de enero de la misma anualidad (producto de asociación de la Flota con la empresa mexicana Transportación Marítima Mexicana).

A pesar de lo anterior, la Compañía de Inversiones fue afectada gravemente por dicha transición, por cuanto asumió las pérdidas operativas de 25 viajes en curso en los primeros meses de 1997 por $85.859 millones de pesos, a la par que asumió el pasivo pensional, cartera no recuperable, gastos de liquidación de personal y pérdida de valor de las acciones compradas en la marítima mexicana, gastos muy superiores a los rendimientos bajos de las inversiones a largo plazo de la Compañía, lo que conllevó a su desaparición en apenas 3 años.

3. Las inversiones a largo plazo no generaron suficiente liquidez a la Compañía de Inversiones para atender las necesidades de caja, sin poder acceder a los recursos del Fondo Nacional de Café porque la Federación Nacional de Cafeteros definió que las prioridades de éste eran estabilizar el precio interno del café, recapitalizar a Bancafé e intensificar los programas de apoyo técnico, lo que coincidió con las crisis del sector inmobiliario de 1998 que redujo un 19% las inversiones en bienes raíces de la Compañía.

Las anteriores hipótesis son contrastadas por el dictamen pericial practicado en el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y que fue aportado como prueba documental en el presente juicio (pp. 457-603 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*"), el cual expone:

1. Que la magnitud del reparto de utilidades en 1992, por $173.407 millones de pesos, afectó la Flota porque al no ser ganancias producto de su actividad marítima, ya que entre 1984-1988 las utilidades de $8.564 millones de pesos desaparecieron con las pérdidas de 1989-1991 de $19.807 millones de pesos, con un balance negativo de $11.240 millones de pesos, por lo que en realidad no hubo reparto de utilidades sino de reservas en razón a las decisiones de la

Junta Directiva de la Flota, sin medir las consecuencias futuras de dichas descapitalización en pro de evitar el pago de impuestos, siendo decidido tal reparto por la Federación Nacional de Cafeteros del 17 de diciembre de 1992, quien incorporó $76.202 millones de pesos al Fondo Nacional del Café.

2. Frente la supresión de la reserva de carga ordenada en los Decretos 501 de 1990 y 2327 de 1991, no se afectó el ingreso por fletes porque los estados financieros evidencia un crecimiento del ingreso por tal concepto entre 1990-1996, aumento que fue eclipsado por el crecimiento a un ritmo mucho más alto de los costos directos del negocio naviero y de personal a pesar de los planes de retiro, lo que conllevó a la venta de los buques propiedad de la compañía, que paso de 18 naves en 1984 a ninguna en 1997, lo que conllevó a cesar el transporte marítimo, que era la actividad principal del objeto social.

3. Por Acta 83 del 12 de diciembre de 196 la junta directa de la Flota decidió crear la empresa *Transportación Marítima Grancolombiana S.A. TMG* teniendo como socio estratégico al *Grupo Transportación Marítima Mexicana*, negoció que impuso a la Flota la prohibición de invertir en sociedades de transporte marítimo mientras transfería a la nueva empresa su Good Will, derecho de clientela y crédito comercial para que la nueva empresa aprovechara el nicho de mercado con derechos y prerrogativas de marca, nombre comercial, enseñas y logotipos y todos los distintivos de la Flota a cambio de 16.2 millones USD, de los cuales fueron invertidos $8.1 millones USD en un contrato de prestación de servicios y el saldo en acciones de la nueva empresa, lo que constituyó en la practica la renuncia al negocio marítimo sin ninguna contraprestación en efectivo, mientras que el acuerdo básico del 17 de enero de 1997 entre la Flota y el Grupo Mexicano determinó que éste último no asumiría ningún pasivo laboral, quedando el pasivo pensional concentrado la recién conformada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

4. La Compañía de Inversiones de la Flota Mercante acumuló las pérdidas de la Flota de 1984-2004, por $414.125 millones de pesos, ya que los costos fueron superiores a los fletes y tras ceder la operación marítima en 1997, dejó de ser responsables de los gastos de la operación naviera pero también asumió como única responsable los pasivos laborales y pensionales, sin recibir ninguna contraprestación en efectivo por parte del socio mexicano, lo que sumado a la descapitalización por el reparto de reservas de 1992 llevó a su liquidación.

5. La dirección de la Compañía de Inversiones estaba a cargo de la Asamblea General y su administración la ejercía la Junta Directiva conforme Acta 86 del 4 de septiembre de 1997.

Además, conforme sus estatutos, era responsabilidad de la Asamblea de Accionistas, Junta Directiva y Presidente preservar la estabilidad financiera de la Flota constituyendo las reservas. No obstante, la Junta Directiva y la Asamblea de Accionistas, conformadas en su mayoría por funcionarios de la Federación en razón a la inversión mayoritaria de esta en el capital social, adoptaron decisiones que desdibujaron la realidad financiera de la Flota, quien acumulo un déficit operacional desde 1984, generando pérdidas que eran cubiertas con otros ingresos, sin adoptar medidas al respecto.

La valoración integral de los elementos de prueba reseñados permite concluir, de forma razonable, que la Federación no desvirtuó la presunción del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

En efecto, no solo se acreditó la posición mayoritaria de la Federación en los órganos de control de la Flota y posterior Compañía de Inversiones, sino que además las dos valoraciones coincidieron en indicar que las utilidades operativas brutas no cubrían los gastos de la operación naviera, ya fuera desde 1959 o 1984, falta que se compensó con los ingresos no operacionales que distorsionaban la realidad porque los años con operaciones positivas no lo eran en realidad. A su vez, coinciden los análisis en indicar que la apropiación de $173.407 millones de pesos en 1992 se hizo ante la apremiante situación del Fondo Nacional del Café, acción que se logró por el control mayoritaria de la Federación sobre la Flota, sin medir las consecuencias que dicha desfinanciación trajo a futuro a cambio del provecho de capitalizar el Fondo con $76.202 millones de pesos.

De otra parte, la venta de los buques de la Flota permitió disminuir los gastos de mantenimiento y acudir a opciones más económicas como rentar naves, sin embargo, los órganos de dirección de la naviera tomaron la lesiva decisión de crear la empresa *Transportación Marítima Grancolombiana S.A. TMG* en sociedad con el Grupo Trasportación Marítima Mexicana, negocio que impuso obligaciones penosas para la Flota, quien no solo se obligó a transferir a la nueva empresa su good will, derechos de clientela, crédito comercial, marca, nombre comercial, enseñas, logotipo y demás signos distintivos, a cambió $16.2 millones USD que no recibió en efectivo porque se

decidió invertir 8.1 millones USD en un contrato de prestación de servicios y el saldo en acciones en la nueva compañía, resolución de los órganos directivos de la Flota que le impidió recibir efectivo en momento que su liquidez era delicada y la privó de los derechos económicos acumulados a través de los años de ejercicio.

Así mismo, en dicha negociación se acordó expresamente que la compañía extranjera no asumiría ningún pasivo laboral o pensional de Flota, situación adversa para la compañía conforme concluyen ambos informes, reconociendo el documento allegado por la propia Federación que se le imposibilitó a la Flota acceder a los recursos del Fondo Nacional de Café en los años de crisis inmobiliaria de 1998, a pesar de que seis años antes, en 1992, dicho Fondo se capitalizó con el dinero de la Flota y si la Federación ya se había beneficiado de las utilidades que generadas por su inversión en la compañía naviera, será apenas razonable inferir un sentido contrario de la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso, el cual fue desatendido.

Finalmente, los órganos directivos de la Flota, donde era mayoría la Federación, acordaron en el negocio con la compañía mexicana que mientras asumía la operación la nueva sociedad creada por dichos socios, sería la naviera Colombia quien asumiría los gastos de los 35 viajes en curso en los primeros meses de 1997, lo que le causó pérdidas operativas de $85.859 millones de pesos.

Colofón de lo dicho, no se observa desacertada la conclusión de la jueza a quo de declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación, por ende, resulta razonable que decidiera no solo sobre la responsabilidad principal de Panflota de pago, sino que además decidiera sobre la responsabilidad subsidiaria, acto que no desconoció el derecho de contradicción ni congruencia, por cuanto fue solicitado en la demanda y la Federación tuvo oportunidad para exponer su tesis defensiva, solicitar pruebas y ejercer su defensa en juicio.

Ahora, en lo que respecta a lo planteado sobre el perjuicio del gremio cafetero causado con la declaratoria de responsabilidad solidaria, la Sala acoge la posición del órgano judicial de cierre de nuestra especialidad, quien expresamente expuso, al resolver un caso similar al ahora estudiado:

> *"16. Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales*

pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte, frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.

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

Téngase en cuenta además que los recursos del Fondo Nacional del Café son administrados por la Federación Nacional de Cafeteros como persona jurídica y en virtud del contrato de administración firmado periódicamente con el Gobierno Nacional. Así mismo, la titularidad de las acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante están a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, en tanto es la Federación la persona jurídica, de derecho privado, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café, en virtud del señalado contrato de administración y debido a que el Fondo carece de personalidad jurídica propia.[10]

En aplicación de los anteriores aspectos, las relaciones entre el Gobierno y la Federación están señaladas en la ley y en el contrato de administración. Así, por ejemplo, en el contrato de administración celebrado el 12 de noviembre de 1997 se aprecian los siguientes aspectos referentes a la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café:

a. En la cláusula séptima consagra como obligaciones de la Federación Nacional de Cafeteros las de invertir y administrar los recursos del Fondo Nacional del Café.

b. En la cláusula octava señala las actividades que podrá ejecutar la Federación con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, las cuales comprenden, entre otras, las de efectuar inversiones permanentes.

c. La cláusula undécima contempla entre los ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café, los provenientes de los rendimientos de las distintas inversiones, incluyendo las financieras, y como otros egresos netos los correspondientes a los programas de inversión que incluyan la capitalización o liquidación de las empresas en las cuales el Fondo Nacional del Café sea accionista.

Los aspectos antes señalados, es decir la calidad de matriz o controlante que admite tener la Federación sobre la CIFM, la presunción de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante que consagra el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, el carácter de persona jurídica de derecho privado encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café y el contenido específico del contrato de administración, sirven de fundamento en esta oportunidad para afectar transitoriamente los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con el fin de evitar que se sigan vulnerando derechos fundamentales de los pensionados a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante" (CSL SL471-2019, CSJ SL1080-2023).

Por último, frente al reproche de que el empleador no debe cancelar la totalidad del cálculo actuarial, se ratificará que el pago del mismo debe ser efectuado en un 100% por las demandadas a las que se encontraron responsables de su cumplimiento, conforme la posición de la Corte Suprema de Justicia, compartida por esta Colegiatura del siguiente tenor:

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

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

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

(…) De modo que, no le asiste razón a la sociedad recurrente en cuanto afirma, que el Tribunal se equivocó al condenarla al pago del cálculo actuarial por la totalidad del tiempo en que el demandante laboró para ella, y no por el pago del 75% de los aportes a pensión indexados" (CSJ SL2584-2020, CSJ SL673-2021 y CSJ SL244-2023).

¿Procedía que la jueza no impartiera condena contra la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de la condena al cálculo actuarial?

En atención a las consideraciones efectuadas por esta Sala para definir la responsabilidad principal de Panflota y la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, en el pago del cálculo actuarial, se advierte entonces que no hay ningún mérito para imponer dichas condenas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto son los patrimonios citados y las sociedades administradoras de los mismos los llamados al cumplimiento de las órdenes judiciales proferidas.

De otra parte, se advierte que la condena impuesta a la Federación Nacional de Cafeteros se hace en consideración a que dicha asociación es la administradora del Fondo Nacional del Café, último que es propiedad de la nación, aspecto que fue aceptado por las partes en juicio, por tanto, no es cierto que la Nación no resulte condenada, todo lo contrario, se declara la responsabilidad subsidiaria de ésta al gravar los recursos del precitado fondo como la fuente de ingresos para cumplir las condenas en caso que no sean suficientes los recursos de Panflota, solo que no es posible ordenar el cumplimiento de dicha medida directamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto el que ostenta la calidad de administrador y vocero del Fondo Nacional del Café no es otro que la Federación.

En cuanto a la inconformidad del apoderado del accionante respecto a la falta de aplicación del artículo 4 de la Ley 66 de 1942 por parte de la jueza a quo, norma que en su sentir indica que será el Ministerio demandado el responsable de las deudas *"que queden del Fondo Nacional del Café"*, lo cierto es que tal norma no consagró esa obligación, como se aprecia de su tenor literal:

> *"(…) Artículo 4. Todos los bienes que adquiera la Federación con los fondos destinados al mantenimiento de los precios del café - para los fines del Pacto de Cuotas - pertenecerán a dicha entidad, una vez pagadas las deudas. La Federación no podrá disponer de tales bienes sino en beneficio de la industria cafetera (…)".*

Del contenido del artículo en mención, no se aprecia que se haya radicado en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el pago de los créditos que deba asumir el Fondo Nacional del Café, sino todo lo contrario, ya que identifica a la Federación Nacional de Cafeteros como la entidad que puede disponer de los recursos del mencionado Fondo y, se itera, la condena impuesta contra dicha Federación no puede interpretarse como la ausencia de responsabilidad de la Nación, por cuanto ese Fondo pertenece precisamente a la Nación y no a la Federación, última que se limita a fungir como administradora de los recursos.

Finalmente, el apoderado de la parte actora se duele en manifestar que existe un proyecto de Ley que pretende radicar en la Nación las deudas insolutas derivadas de la liquidación de la Flota Mercante Grancolombiana luego Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. En este punto, baste con señalar que los proyectos de Ley, precisamente por no haberse erigido como norma jurídica al tratarse meramente de una aspiración regulatoria, no pueden ser vinculantes, ni mucho menos servir de argumento para impartir condena en proceso judicial, en esa medida no le asiste razón al apelante.

¿Desacertó la jueza a quo al considerar que el cálculo actuarial se debe liquidar con el salario devengado en el último periodo no cotizado e incluir otros emolumentos distintos al salario base y señalar que el 100% del pago está a cargo de las demandadas?

La jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral y de la seguridad social ha sostenido que los tiempos laborados en los que los empleadores no estaban obligados a afiliar a los trabajadores, bien sea porque no había cobertura o se trataba de un empleador omiso, deben ser contabilizados para efectos de un eventual reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que la solución técnica es el pago de un cálculo actuarial liquidado, con sujeción a las reglas descritas en el Decreto 1887 de 1994, compilado en el Decreto 1833 de 2016, reformado hoy por el Decreto 1296 de 2022 (CSJ SL1356-2019; CSJ SL2353-2020; CSJ SL4282-2022).

Lo anterior en aplicación del inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que preceptúa que en los casos previstos en los literales b), c), d) y e), entre los cuales se encuentran las hipótesis de tiempos públicos laborados no cotizados y tiempos de servicios con empleadores que por omisión no afiliaron al trabajador al sistema, estos se computan siempre y cuando el empleador traslade *"con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora"*.

Considerando las normas antes citadas, advierte la Sala que el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros reclamó, de forma subsidiaria, que de confirmarse la condena al cálculo actuarial se ordenará su liquidación sobre un salario mínimo y no sobre el monto declarado en primera instancia.

Así las cosas, las normas consignadas en los Decreto 1887 de 1994 y 1296 de 2022, relativas a la liquidación del cálculo actuarial, deben ser interpretadas conforme los lineamientos jurisprudenciales adoptados por la Corte Suprema de Justicia, los cuales señalan la necesidad **de considerar los salarios percibidos** en el interregno donde no hubo aporte, datos a partir de los cuales la administradora de pensiones podrá establecer la edad, fecha, salario de referencia, fecha de corte, entre otras variables que componen las operaciones aritméticas necesarias para determinar el valor del cálculo actuarial (CSJ SL2340-2022).

Resulta ilustrativo citar los argumentos esgrimidos en la sentencia CSJ SL087-2023, en donde el órgano de cierre de nuestra jurisdicción tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la necesidad de determinar todos los salarios para efectos de liquidar el cálculo actuarial:

> *"En igual sentido, no le asiste razón a la recurrente, respecto del argumento que plantea que la liquidación del cálculo actuarial debe hacerse teniendo en cuenta el ingreso «[…] con referencia al último salario mensual devengado por el demandante y ubicado en las precitadas tablas de categorías y aportes de ISS para septiembre de 1982».*
>
> *Al respecto, esta Corporación tiene definido que, para liquidar el bono o título pensional, debe tenerse en cuenta la fecha de nacimiento del trabajador y los salarios que este percibió en el tiempo en que no se efectuaron aportes al Sistema General de Pensiones.*
>
> *En pronunciamiento CSJ SL2340-2022, se dijo que, «Para los efectos de la liquidación, se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento […] y los salarios percibidos en ese interregno». En este sentido, el Tribunal decidió:*
>
> *[…] el pago del cálculo actuarial, mediante título pensional que para el efecto elabore Colpensiones, por concepto de aportes a pensión del demandante durante el periodo comprendido entre el 30 de enero de 1973 y el 14 de septiembre de 1982, teniendo en cuenta para ello los salarios devengados durante la vigencia de la relación laboral con la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A, para cada anualidad, siendo el del último año la suma US 455.218,33 dólares, para lo cual deberá utilizar la tasa de cambio de cada año. De lo resuelto, se encuentra que la disposición sobre la forma de liquidación del cálculo actuarial, se ajusta al Decreto 1887 de 1994 y al precedente jurisprudencial de esta Corporación, en el entendido que señala que este lo debe realizar Colpensiones con base en los salarios devengados durante toda la relación laboral."*

En consecuencia, le asiste parcialmente razón al apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su reproche, ya que si bien el cálculo no se

hace sobre el salario mínimo, es cierto que la juzgadora de instancia no debió anticiparse a determinar el último salario como único factor a tener en cuenta para el efecto, sino establecer como parámetros los montos percibidos por el trabajador durante el tiempo laborado, con miras a que sea la entidad de seguridad social quien con base en esos datos, señale el salario base de liquidación del cálculo actuarial por la convalidación de los tiempos laborados a través de la figura del salario de referencia. En ese sentido, habrá de modificarse la sentencia apelada.

Así las cosas, deberá considerarse no solo el salario básico del demandante, sino también los otros emolumentos con naturaleza salarial acreditados en juicio, los que quedaron determinados con las pruebas documentales arrimadas, en especial, las convenciones colectivas y laudos arbitrales de los que se beneficiaron los afiliados a la Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial UNIMAR, así como los desprendibles de traslados y cambios de puesto compilados en la historia laboral del accionante, advirtiendo al respecto que:

1. No será considerará el rubro de sobreremuneración, ya que la cláusula 2 de la convención colectiva de trabajo CCT de 1988 aportada solo lo establece a favor de enfermeros, siendo el cargo del demandante el de mecánico ajustador (pp. 1209 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

2. Se considerará el 75% de los viáticos, consagrados en la cláusula 4 de la CCT de 1988, que *"comprenden alojamiento, la alimentación, el transporte local del tripulante y demás gastos inherentes a la movilización, conforme al numeral 2 del artículo 130 del C.S.T. El setenta y cinco (75%) de los viáticos recibidos por los indicados conceptos será tenido en cuenta por la EMPRESA para el computo de las prestaciones sociales"* (pp. 1214 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

3. No se incluirá el concepto de prima de antigüedad, por cuanto si bien fue considerada como salario para liquidar prestaciones en la liquidación final del contrato, al no allegarse la norma convencional que fijo sus condiciones de reconocimiento no es posible su computo por la falta de certeza del momento a partir del cual empezó a ser devengada y sus incrementos (pp. 1248-1249 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*")

4. Se incluirá el 100% de la partida de alimentación y alojamiento, por cuanto la cláusula 15 de la CCT de 1988 indica *"LA EMPRESA continuará computando el valor*

de la partida de alimentación y alojamiento, pactada en la presente convención, al liquidar las prestaciones sociales" (pp. 1234 archivo "*01ExpedienteFisicoDigitalizado*").

5. Se negará el 8,33% de las primas extralegales como salario, porque no se acreditó en juicio alguna norma que acredite que tal porcentaje tendrá incidencia salarial.

Aplicando lo antes considerado, al revisar el expediente laboral del accionante aportado a juicio, así como los montos y condiciones de los derechos extralegales conforme los instrumentos convencionales allegados, fue posible fijar los valores salariales en USD pagados al trabajador devengados en dicho periodo, conforme lo probado en el proceso, lo que deberá ser comunicadas a Colpensiones para que sean consideradas al momento de liquidar el cálculo actuarial, conforme la tasa representativa del mercado del día en que debía efectuarse el pago conforme el artículo 135 CST (pp. 30,40, 44, 53, 55, 64, 66, 90, 106, 107, 115, 111, 152, 169, 184, 195, 200 archivo "*15ContenidoCdFolio833Fiduprevisora*"):

Desde	Hasta	Salario básico	Horas extras	Viáticos	Partida alimentación alojamiento	Subtotal
12/07/1982	17/08/1982	84,56	0,00	0,00	0,00	84,56
18/08/1982	09/02/1983	225,18	0,00	0,00	0,00	225,18
10/02/1983	31/01/1984	310,77	0,00	0,00	0,00	310,77
01/02/1984	08/02/1984	310,77	0,00	0,00	0,00	310,77
09/02/1984	16/05/1984	310,77	0,00	0,00	0,00	310,77
17/05/1984	12/06/1984	330,99	0,00	0,00	0,00	330,99
13/06/1984	04/03/1985	387,53	0,00	0,00	0,00	387,53
05/03/1985	13/02/1986	472,79	0,00	0,00	0,00	472,79
14/02/1986	20/02/1986	496,43	0,00	0,00	0,00	496,43
21/02/1986	13/04/1986	496,43	0,00	0,00	0,00	496,43
14/04/1986	12/03/1987	496,43	0,00	0,00	0,00	496,43
13/03/1987	13/01/1988	521,25	0,00	0,00	0,00	521,25
13/01/1988	29/01/1989	549,92	0,00	0,00	0,00	549,92
30/01/1989	24/07/1989	576,00	0,00	0,00	0,00	576,00
25/07/1989	31/12/1989	602,00	0,00	0,00	0,00	602,00
01/01/1990	30/04/1990	670,00	0,00	0,00	0,00	670,00
01/05/1990	15/05/1990	670,00	86,76	0,00	0,00	756,76

Finalmente, revisadas las ordenes impuestas a Colpensiones, no advierte esta Corporación que las mismas sean caprichosas, por cuanto se limitan a señalar que dicha administradora de pensiones deberá elaborar el cálculo actuarial que le sea solicitado por Asesores en Derecho en calidad de mandataria con representación de Panflota, así como recibir el pago del mismo y computar los periodos para los efectos pensionales que sean del caso, obligaciones que se corresponden a las impuestas a dicha entidad en la Ley 100 e 1993, por lo que no hay lugar a impartir modificación alguna en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Síntesis de la decisión.

Resueltas las materias objeto de los recursos de apelación formulados contra la sentencia de primera instancia, se revocará parcialmente la sentencia en lo que respecta al monto del salario promedio o de referencia, para en su lugar ordenar que la liquidación del cálculo actuarial se efectúe sobre el monto del salario probado en juicio, causado a lo largo de toda la relación laboral. En lo demás se confirmará el fallo apelado y consultado.

Costas. Sin costas en esta instancia por surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

Resuelve:

Primero: **Revocar parcialmente** los numerales primero, quinto y sexto del fallo apelado y consultado, en cuanto al salario promedio o de referencia declarado por la jueza a quo. Los demás apartes de dichas providencias se mantienen incólumes.

Segundo: Modificar el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ordenar** a Colpensiones la elaboración y cobro del cálculo actuarial, el cual deberá liquidarse según los montos salariales pagados al demandante por el periodo sin cobertura del 12 de julio de 1982 y el 15 de mayo de 1990, conforme la tasa representativa del mercado del día en que debía efectuarse el pago conforme el artículo 135 CST:

Desde	Hasta	Salario básico	Horas extras	Viáticos	Partida alimentación alojamiento	Subtotal
12/07/1982	17/08/1982	84,56	0,00	0,00	0,00	84,56
18/08/1982	09/02/1983	225,18	0,00	0,00	0,00	225,18
10/02/1983	31/01/1984	310,77	0,00	0,00	0,00	310,77
01/02/1984	08/02/1984	310,77	0,00	0,00	0,00	310,77
09/02/1984	16/05/1984	310,77	0,00	0,00	0,00	310,77
17/05/1984	12/06/1984	330,99	0,00	0,00	0,00	330,99
13/06/1984	04/03/1985	387,53	0,00	0,00	0,00	387,53
05/03/1985	13/02/1986	472,79	0,00	0,00	0,00	472,79
14/02/1986	20/02/1986	496,43	0,00	0,00	0,00	496,43
21/02/1986	13/04/1986	496,43	0,00	0,00	0,00	496,43
14/04/1986	12/03/1987	496,43	0,00	0,00	0,00	496,43
13/03/1987	13/01/1988	521,25	0,00	0,00	0,00	521,25
13/01/1988	29/01/1989	549,92	0,00	0,00	0,00	549,92
30/01/1989	24/07/1989	576,00	0,00	0,00	0,00	576,00

25/07/1989	31/12/1989	602,00	0,00	0,00	0,00	602,00
01/01/1990	30/04/1990	670,00	0,00	0,00	0,00	670,00
01/05/1990	15/05/1990	670,00	86,76	0,00	0,00	756,76

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada, conforme la parte considerativa de esta providencia.

Cuarto: Sin costas en esta instancia por surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Quinto: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado