



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Cuarta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACION: 110013105 020 2015 000343 01
DEMANDANTE: LEONARDO HERNANDEZ ZAMBRANO
DEMANDADO: PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.,
CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. ESP Y UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS
PÚBLICOS -UAESP

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de diciembre de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a partir de 19 de abril de 2011 hasta el 11 de abril de 2012, con la demandada Consorcio Aseo Capital S.A. Que la empresa Personal y Servicios Oportunos S.A.S. actuó como simple intermediaria. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas a cancelar el trabajo realizado en horas extras, la sanción moratoria, la indexación, los demás derechos que haya lugar a reconocer en atención a los principios ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Subsidiariamente, solicitó declarar la existencia de un contrato de trabajo con Personal y Servicios Oportunos S.A.S a partir de 19 de abril de 2011 al 11 de abril de 2012. Por consiguiente, condenarla a cancelarle dos horas extras diurnas diarias laboradas a lo largo de la relación de trabajo,

la sanción moratoria y los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que, a partir del 19 de abril de 2011 hasta el 11 de abril de 2012, prestó servicios como conductor en la recolección de residuos sólidos al Consorcio Aseo Capital S.A., de los cuales se benefició la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP adscrita a la Secretaría del Habitad de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Como contraprestación recibió una suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, pero nunca le fue cancelada suma alguna por concepto de trabajo suplementario. Señaló que la actividad recolectora se desarrollaba en tres recorridos por turnos en jornadas de 10 o más horas de trabajo de lunes a sábado, por lo que a diario prestó sus servicios al menos dos horas extras diurnas.

Refirió que los camiones recolectores en los cuales ejerció sus funciones como conductor fueron puestos a su disposición por parte de Aseo Capital, unos de su propiedad y otros pertenecientes a la Unidad Administrativa pero entregados mediante contrato de leasing. La logística con la cual se cumplieron las funciones estaba a cargo de Aseo Capital, empresa que llevaba un registro de la circulación de los automotores con el nombre del conductor, fecha y hora de salida e ingreso.

Expuso que Personal y Servicios Oportunos S.A.S suscribió contrato con el Consorcio Aseo Capital S.A. para vincular el personal necesario para prestar el servicio de recolección de desperdicios en la ciudad de Bogotá (f.º 2 a 13; 34 y 35 subsanación y 224 a 234 reforma).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Consorcio Capital S.A. E.S.P. se opuso a algunas pretensiones y respecto de las restantes dijo que eran improcedentes. En cuanto a los hechos, aceptó que entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos y el Consorcio Aseo Capital se celebró un contrato de concesión de aseo; que el demandante prestó sus servicios en la recolección de basura en la ciudad de Bogotá hasta el 11 de abril de 2012, en camiones cuya propiedad

algunos eran de Aseo Capital, pero entregados en virtud de contrato de leasing. También aceptó la celebración de un contrato para el suministro de personal con Personal y Servicios Oportunos S.A. Respecto de los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle.

En su defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido y la inexistencia de la obligación, el pago y compensación, la falta de título y causa en el demandante, el enriquecimiento sin causa, la prescripción, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 45 a 56 y 242 a 248 reforma).

Por su parte, la demandada Personal y Servicios Oportunos S.A. al contestar se opuso frente a algunas pretensiones, respecto de otras señaló que no le correspondía pronunciarse. Expuso que vinculó al demandante como trabajador en misión en virtud del contrato comercial celebrado con Consorcio Capital S.A. E.S.P. quien ejercía la subordinación delegada.

Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de causa para pedir, la carencia de norma jurídica, la falta de causa, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 147 a 175 y 249 a 260).

Al contestar el libelo introductorio la demandada Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, se opuso a ser condenada solidariamente, respecto de las demás pretensiones manifestó no allanarse ni oponerse. En cuanto a los hechos, aceptó que suscribió contratos de concesión para la prestación del servicio público de aseo con Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. En relación con los demás, adujo que no eran ciertos o no le constaban.

En defensa de sus intereses propuso las excepciones de falta de legitimación materia en la causa por pasiva por inexistencia de relación contractual laboral con el demandante y la inexistencia de la solidaridad laboral contemplada en el artículo 34 del Código Sustantivo Laboral (f.º 207 a 217).

La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, llamó en garantía a Liberty Seguros S.A. (f.º 197 a 199), quien contestó que son ciertos los hechos relacionados con la expedición de la póliza n.º 202552 de la cual es beneficiaria la UAESP en amparo del cumplimiento del contrato n.º 014 de 2012. Como excepciones propuso las de inexigibilidad del seguro por ausencia de prueba del siniestro imputable al beneficiario, disponibilidad y agotamiento del valor asegurado; máximo valor asegurado – deducible; inexistencia de la obligación de pago porque el contrato de seguro no puede ser una fuente de enriquecimiento, inexigibilidad del seguro por conceptos tales como intereses e indexaciones; cobro de lo no debido; prescripción y las demás excepciones declarables por el juez de forma oficiosa (f.º 272 a 276).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de diciembre de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 341).

Como sustento de su decisión, concluyó que la verdadera empleadora fue la empresa de servicios temporales. Estableció que la parte demandante no probó las horas extras laboradas y no es dable a juez hacer suposiciones al respecto.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que se probó que en el presente asunto no se cumplen los presupuestos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues la actividad que desarrolló el accionante se requería de manera permanente, por lo que resulta evidente que existió tercerización laboral por lo que debe tenerse al Consorcio Aseo Capital como verdadero empleador y a la temporal como simple intermediaria y responsable de las acreencias laborales.

De otro lado, señaló en relación con el trabajo suplementario que se allegó una relación con todas las horas extras trabajadas por el demandante en ejecución del contrato, por lo que deben ser reconocido el trabajo realizado en horas extras.

Alegó que deben ser cancelada la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo por no estar permitida la intermediación desde el día que inició el contrato y hasta su terminación por haber devengado un salario mínimo.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. Del contrato realidad

Corresponde a la Sala determinar si entre el actor y Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P., existió un contrato de trabajo desde el 19 de abril de 2011 hasta el 11 de abril de 2012, por consiguiente, si tiene derecho al reconocimiento y pago de trabajo realizado en horas extras diurnas y sanción moratoria, pues, según su teoría del caso, la empresa de servicios temporales actuó como simple intermediaria.

En tal sentido y con el fin de determinar los presupuestos de la norma que configuran un contrato de trabajo, resulta importante remitirnos a lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala que para que se estructure, se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)*

la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii*) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

Paralelamente, es pertinente recordar que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, las *“empresas de servicios temporales son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”* Asimismo, el artículo 73 *ibídem* señala quienes son los terceros beneficiarios al expresar que *“Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.”*

De lo anterior emerge que las empresas de servicios temporales tienen un objeto previamente delimitado en la norma, lo que hace que las contrataciones o envío de trabajadores en misión se ejecuten bajo casos o situaciones específicas, las cuales han sido desarrolladas por esta ley y establecidas de la siguiente manera:

“Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.”

Disposición que se acompasa con lo dispuesto el artículo 6º del Decreto 4363 de 2006.

Conviene precisar, que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sentencia SL3520-2018 reiterada en la SL 467 de 2019, adoctrinó:

“[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código

Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria¹».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.»

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

Ahora bien, en cuanto a la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como una de las formas de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a un tercero de ciertas partes u operaciones del proceso productivo, éstas son legítimas en el orden jurídico; no obstante, frente a su utilización, la jurisprudencia ha señalado que *“(...)no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades. La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.”*. (CSJ SL 467 de 2019).

Por eso, cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, se presenta la intermediación laboral ilegal.

Claro lo anterior, se advierte que la parte actora para demostrar que Consorcio Capital S.A. ESP. fue realmente su empleador solicitó escuchar y decretar los testimonios del Ricardo García, Luis Fernando Fierro, Luis Alfredo Gómez, Jesús Manuel Ramírez Sánchez, Moisés Hernández Morales, Javier Albert Gutierrez, Miguel Galindo Galindo, Narciso Moreno, Helman Jaroll Armero García y Jorge Giovanni Orduña Reyes; no obstante, solo se escuchó a Luis Alfredo Gómez, como quiera que los demás no se hicieron presentes en la fecha y hora señalada para adelantar la audiencia por lo que la apoderada desistió de su práctica.

El testigo Luis Alfredo Gómez, manifestó que fue compañero del demandante y ambos se desempeñaron como conductores al servicio del Consorcio Aseo Capital S.A. ESP desde abril de 2011 hasta abril de 2012, y que el contrato lo suscribió con Servicios Oportunos, además que sus labores las ejerció principalmente en jornada nocturna de 6:00 p.m. a 4:00

a.m. aunque a veces se extendía la jornada hasta las 6:00 o 7:00 a.m. Aseguró que se encontraba con el demandante a la entrada o salida de turnos, pues este trabajaba de día. Aseguró que ellos como trabajadores estaban siempre inconformes pues les pagaban dos o tres horas al mes y laboraban a diario, igualmente que cuando tenían que hacer un reclamo o queja esta se formulaba ante Servicios Oportunos.

Obra en el expediente comunicación de 10 de abril de 2012, mediante la cual Personal y Servicios Oportunos S.A. comunica al demandante que en la fecha la empresa usuaria Aseo Capital S.A. ESP les comunicó que las labores y tareas finalizaron, por lo que el contrato culminaba también al terminar la jornada del día 11 de abril de 2012 (f.º 67). Se verifica también la certificación emitida por Personal y Servicios Oportunos el 25 de agosto de 2015, según la cual el demandante Leonardo Hernández Zambrano laboró para dicha compañía desde el 19 de abril de 2011 al 11 de abril de 2012 (f.º 69), la cual guarda relación con el contenido de la liquidación final del contrato de folio 68.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario, se considera que el accionante falta al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demuestra los supuestos en que funda sus pretensiones, ello como quiera que no aporta medios de prueba que permitan concluir que pese a haber prestado sus servicios a través de una empresa de servicios temporales, su verdadero empleador fue Consorcio Aseo Capital S.A., por haber recibido órdenes, instrucciones o remuneración de parte de esta. Así las cosas, carece la Sala de elementos de convencimiento que permitan verificar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se dio la prestación del servicio.

Con todo, verifica el Tribunal que la demandada Personal y Servicios Oportunos S.A. no desconoció el vínculo laboral, sin embargo, la parte accionante no pudo demostrar por ningún medio que esta relación haya sido aparente y que la empresa citada hubiese fungido como mera

intermediaria, pues se reitera ningún esfuerzo probatorio adelantó para acreditar las condiciones de la prestación personal del servicio, en consecuencia, no hay lugar a declarar la existencia de un contrato realidad con la demandada Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P.

2. Del trabajo realizado en horas extras

De otro lado, argumentó la parte demandante en relación con el trabajo suplementario que allegó una relación con todas las horas extras trabajadas por el demandante en ejecución del contrato, por lo que deben ser reconocido el trabajo realizado en horas extras.

Pues bien, recuerda la Sala que el trabajador que pretende el reconocimiento de trabajo realizado en horas extras, dominicales y festivos tiene la carga probatoria de comprobar cuántas horas y en qué días laboró en tiempo adicional a su jornada de trabajo ordinaria. Así las cosas, no le basta únicamente con afirmarlo, pues el juez no puede hacer estimativos o aproximaciones respecto del número de horas extras laboradas, tal como lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3009-2017.

En el presente asunto, a solicitud de la parte actora se ordenó a las demandadas allegar el control de planillas de automotores donde se registrara la hora de entrada y salida del conductor con la respectiva placa, estado del vehículo y firma de recibido del conductor durante las fechas en que el demandante estuvo vinculado como trabajador en misión.

En respuesta, el apoderado de la demandada Consorcio Aseo Capital S.A ESP, allegó a folio 326 CD tres archivos, el primero denominado Planillas 20110419 a 20120412, con 406.993 filas de registros, que al ser filtradas por el número de cédula de ciudadanía del accionante 19.415.847, arroja 5 filas de resultados que no contienen información alguna que permita a la Sala establecer cuál fue la jornada en que el accionante prestó sus servicios

CodCiudad	Fecha	Cedula	Cons ecuti vo	Codite m	Planill a	Equipo	cu en Superviso r	Movi l	Ruta	mp ora l	Cons Nove dad	Entr egad a	tDe volu cion	Frec uen cia	Codigo Area	
5711001	40672	19415847	1	G01	D-53	2	0	DELTA-5	7105	NULL	12	NULL	1	NULL	3	NULL
5711001	40679	19415847	1	G01	D-53	2	0	DELTA-5	7105	803	12	NULL	1	NULL	3	NULL
5711001	40742	19415847	1	G01	D-53	2	0	DELTA-5	NULL	NULL	12	3593	1	NULL	3	NULL
5711001	40784	19415847	1	G01	D-53	2	0	DELTA-5	7105	803	12	NULL	1	NULL	3	NULL
5711001	40798	19415847	1	G01	D-53	2	0	DELTA-5	7105	803	12	NULL	1	NULL	3	NULL
5711001	40973	19415847	1	G01	D-53	2	0	DELTA-5	7105	803	12	NULL	1	NULL	3	1E+05
5711001	41008	19415847	1	G01	D-53	2	0	DELTA-5	NULL	NULL	12	1291	1	NULL	3	1E+05

Los otros dos archivos, se denominan tabla operaciones 20110419 a 20120412 que cuentan con 168488, pero no existe como en el archivo anterior un dato como el número de cédula que permita identificar cuáles de esos datos corresponden al promotor del juicio.

De otro lado, recuérdese que el único testigo convocado por la parte demandante que compareció al proceso señor Luis Alfredo Gómez pese a que se desempeñó al igual que el demandante como conductor, lo hizo en una jornada diferente y apenas logró precisar que se veían a la entrada y salida algunos días, por lo que su dicho no se constituye más que en un mero indicio de la jornada en la que el accionante prestó sus servicios.

En ese horizonte, resulta evidente que la parte accionante incumple el deber de probar las horas extras en que prestó servicios y, aunque como argumenta en la apelación allegó una tabla en la que relaciona las horas trabajadas de manera adicional, la misma no puede ser considerada por la Sala, pues recuérdese que nadie puede elaborar su prueba en beneficio propio.

3. De la sanción moratoria

Como quiera que no prosperaron los argumentos relacionados con el reconocimiento y pago de horas extras, no hay lugar a estudiar la procedencia de la condena por concepto de sanción moratoria.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

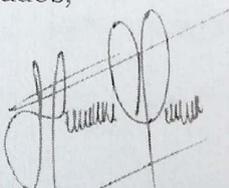
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

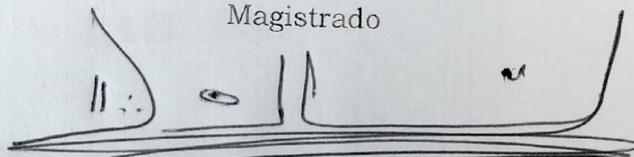
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



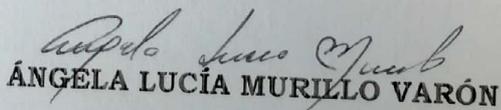
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 034 2017 00576 01
DEMANDANTE: JOSÉ ANACLETO LUGO VERGARA.
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de diciembre de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demanda a reconocer y pagar debidamente indexada la pensión convencional de jubilación por riesgo de salud, establecida en el artículo 43 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1990 - 1992, a partir de 15 de noviembre de 1991, en cuantía equivalente al 75% del promedio de salario devengado en el último año de servicios, más las mesadas adicionales, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de enero de 1974 al 15 de noviembre de 1991, en el que desempeñó el cargo de almacenista entre el 19 de julio de

1975 hasta el 30 de septiembre de 1976 y como vendedor a partir de 1º de octubre de 1976 hasta el 15 de noviembre de 1991. Devengó como último salario la suma de \$211.885.

Adujo que, como vendedor por más de 16 años en los almacenes de provisión agrícola de la Caja de Crédito Agrario Industrial, estuvo expuesto a productos como herbicidas, fungicidas e insecticidas que generaban riesgo para la salud potencialmente mortal por ser mediana y altamente tóxicos. Explicó que la entidad solicitó al Ministerio del Trabajo - Medicina Laboral- determinar si los cargos de vendedor de almacén de provisión agrícola se encontraban ubicados dentro de aquellos que por estar expuestos a sustancias tóxicas constituían riesgos para la salud de acuerdo con la convención colectiva, remitiéndole para tal efecto los listados de los productos por él manipulados y las funciones desempeñadas en el cargo que él ejercía. Que dicho ente ministerial con base en la documental enviada y la convención colectiva de 1990 -1992, emitió el concepto número 511, en el que afirmó *“que el cargo desempeñado por el demandante estaba dentro de aquellos que tenían riesgos para la salud debido a los elementos altamente tóxicos que debía manipular en el ejercicio del mismo”*.

Narró que a un gran número de trabajadores que desempeñaron también el cargo de vendedor les fue reconocida la pensión por salud mediante conciliaciones, no obstante, en su caso la demandada se ha negado a efectuar el reconocimiento. Señaló que en vigencia de la relación laboral estuvo afiliado a Sintracreditario, por lo que es beneficiario de la convención colectiva vigente para los años 1990 - 1992, como quiera que el vínculo laboral finalizó mediante audiencia de conciliación suscrita el 8 de noviembre de 1991, a partir de 16 de noviembre de la misma anualidad. Finalmente, expuso que reclamó administrativamente el 7 de julio de 2016, la cual fue negada mediante Resolución RDP 043304 de 24 de noviembre de 2016 (f.º 105 al 118).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la prestación de los servicios, el

extremo inicial del vínculo laboral, la reclamación presentada a la entidad y la respuesta emitida por la misma.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, la prescripción, compensación, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y las demás declarables de oficio (f.º 66 a 72).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de diciembre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 164 y 165).

En sustento de su decisión, señaló que la parte accionante no aportó constancia de depósito de la convención colectiva y de todas maneras no había lugar a reconocer la prestación reclamada dado que el actor disfrutaba de una pensión que tuvo en cuenta para su reconocimiento los tiempos en que el demandante prestó servicios a la Caja Agraria.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que aportó al proceso la fotocopia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 15 de febrero de 1990 entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el sindicato de trabajadores con su respectiva constancia de depósito.

De otro lado, arguyó que si bien es cierto el Municipio de San Luis - Tolima le otorgó una pensión de jubilación con base en el tiempo de servicios a la Caja Agraria, lo que se busca con el presente proceso es que en aplicación del principio de favorabilidad, se le reconozca la pensión por riesgo de salud que le resultaría más beneficiosa, amén que fueron demostrados los requisitos para acceder a la misma, relacionados con el manejo de productos tóxicos. Precisó que existe prueba de que este tipo de

pensión ha sido reconocida a otros trabajadores que desempeñaron la misma función que el demandante, además que no fueron tenidos en cuenta los testimonios, ni valorado el interrogatorio departe para proferir la decisión absolutoria.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a la Sala determinar si el actor tiene de derecho al reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 43 de la convención colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario, vigente para los años 1990 - 1992.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: *i)* el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 26 de enero de 1974 hasta el 15 de noviembre de 1991, pues tal circunstancia fue certificada por el Ministerio De Agricultura y Desarrollo Rural como consta a folio 8 y, *ii)*, que nació el 13 de julio de 1949, según consta en copia de cédula de ciudadanía de folio 4.

1. Del depósito de la convención colectiva

Como primer argumento de apelación expone la parte actora que allegó al proceso la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario con su correspondiente constancia de depósito por lo que debe ser concedida la pensión convencional reclamada.

Al punto el artículo 469 del Código sustantivo de Trabajo dispone que la convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en

tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. **Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.**

En tal virtud, en cuanto a pretensiones convencionales es deber del demandante aportar el escrito de la convención colectiva, inclusive en copia simple, junto con su constancia de depósito en tiempo ante el Ministerio de Trabajo como lo dispone el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, pues está es una solemnidad que necesariamente debe ser demostrada en el proceso, si se pretende derivar algún efecto jurídico a la convención.

En el caso bajo examen, el promotor del juicio si cumplió con la carga de demostrar la existencia de la convención colectiva y la respectiva constancia de depósito en término, según misiva dirigida al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la que se indicó:

“Los suscritos firmantes, en nuestra condición de negociadores del Pliego de Peticiones presentado por Sintracreditario en diciembre de 12989, hacemos entrega del texto de la Convención Colectiva que regirá a partir del día 16 de febrero de 1990 hasta el 15 de febrero de 1992; así mismo las actas compromisorias 1 y 2 que forman parte integral del mismo texto.”

Documento que presenta sello del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 19 de febrero de 1990, esto es, 10 días después de haberse suscrito la convención colectiva conforme a folio 103. En ese horizonte, para la Sala la parte accionante cumplió con lo dispuesto en el artículo 469 del Código sustantivo del Trabajo, por lo que la convención aportada habrá de tenerse como prueba.

2. De la pensión convencional de jubilación por riesgos de salud.

Alega la parte actora en el recurso que demostró los supuestos previstos en la convención colectiva para ser acreedor a la prestación reclamada, por lo que la sentencia debe ser revocada.

Pues bien, el artículo 43 de la Convención Colectiva vigente para los años 1990 a 1992 (f.º 78 a 104), dispone que:

“Pensiones de jubilación por Riesgos de Salud.-La Caja jubilará a los trabajadores que cumplan funciones que impliquen riesgos debidamente comprobados para la salud, por un tiempo continuo o discontinuo de 15 años al servicio de la Caja, a cualquier edad dentro de las normas legales vigentes. Para la calificación de cada caso se solicitará la definición de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo.”

Al punto, se encuentra probado que el demandante prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en la oficina de San Luis – Tolima, como portero archivero desde el 25 de enero de 1974 hasta el 18 de julio de 1975; como almacenista entre el 19 de julio de 1975 y el 30 de septiembre de 1976 y como vendedor a partir de 1º de octubre de 1976 al 15 de noviembre de 1991 (f.º 7). Lo que anterior, permite corroborar que se desempeñó como almacenista y vendedor por más de 15 años.

A folio 22, fue aportado concepto del Ministerio de Trabajo, cuyo contenido no fue controvertido por las partes, relacionado con las actividades consideradas de riesgo para la salud de los trabajadores con ocasión del contacto permanente con sustancias tóxicas y nocivas para la salud, en los siguientes términos:

“1. Revisados y estudiados los listados de los productos que fueron enviados a esta dependencia, por corresponder a plaguicidas, resultan según la categoría clasificatoria, en altamente, medianamente y moderadamente tóxicos.

*2. Las funciones de **almacenista, vendedor**, bodeguero, obrero, vendedor supernumerario, empacador, celador, conductor y auxiliar de jefe de bodegas, **de acuerdo con los manuales de funciones si implican exposición a los productos enumerados en los listados ya nombrados.***

3. Resulta acreditado que los productos plaguicidas traen aparejados riesgos para la salud." (Negrilla fuera del texto)

Así las cosas, al confrontar la norma convencional con el concepto emitido por el Ministerio es evidente que los cargos de almacenista y vendedor desempeñados por el demandante durante más de 15 años conllevaban riesgos para la salud al tener en ejercicio de sus funciones contacto con sustancias tóxicas y nocivas. No pasa por alto la Sala que en el presente asunto no se aporta estudio del puesto de trabajo del demandante, no obstante, ello no impide que se tenga como prueba de la exposición a sustancias tóxicas el concepto emitido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pues los cargos desempeñados por el accionante aparecen allí relacionados.

Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación n.º 26515 del 7 febrero de 2006, traída a colación en sentencias SL4027-2014 y SL 7695-2016, sobre el tema en estudio, puntualizó:

"Aun cuando la interpretación que la recurrente da a la norma convencional transcrita no es del todo descaminada, pues la cláusula no es unívoca, dado que se trata de una pensión por "riesgos de salud" también es razonable pensar que lo que se protege no es propiamente la patología adquirida en determinados oficios, sino el riesgo que entrañan esas actividades, como lo pregona la réplica. Si ello es así no sería absolutamente necesario frente a cada trabajador en particular que se requiera la intervención de la dependencia respectiva del Ministerio de Trabajo, pues bastaría, como ocurre en el caso presente, que de manera anticipada, a la reclamación respectiva, el Ministerio del ramo previa solicitud de la misma empresa haya determinado la toxicidad de determinados productos y las consecuencias nocivas para la salud de los empleados que desempeñen o hayan desempeñado los cargos y funciones precisados en su concepto.

Si los cargos de vendedor y almacenista figuran, como en realidad aparecen en el concepto rendido por el Ministerio de Trabajo y además se acreditó que el actor desempeñó dichos cargos, es también entendible colegir que cumplía con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por riesgos de salud. (Sentencia de octubre 21 de 1999, radicación 12502)" (negrilla y subraya fuera del texto).

Bajo ese panorama, el Tribunal encuentran acreditados los requisitos previstos en el artículo 43 de la Convención Colectiva para que el demandante acceda al reconocimiento de la pensión de jubilación por riesgos de salud. Sin embargo, existen otros elementos en el caso particular que impiden su goce, como pasa a explicarse. Veamos.

3. De la incompatibilidad de pensiones

Se expone en la apelación que si bien el Municipio de San Luis - Tolima, reconoció pensión al demandante, la pensión convencional que ahora se reclama le resulta más beneficiosa por lo que en aplicación del principio de favorabilidad debe serle reconocida.

Pues bien, dispone el artículo 128 de la Constitución Nacional que:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas"

En el presente caso, está demostrado que en cumplimiento a fallo emitido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 24 de julio de 2009, el Municipio de San Luis - Tolima, mediante Resolución n.º 136 de 27 de 2010, reconoció al promotor del juicio pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$922.378,46, a partir del 1º de diciembre de 2003, en la cual queda consignado que el señor José Anacleto Lugo Vergara prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero 17 años y 290 días, al municipio de San Luis por espacio de 939 días, por lo que acredita 7.349 días (f.º 154 y 155).

En el artículo segundo de la parte resolutive del citado acto administrativo se puede leer que:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar repetir con cargo a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación y/o quien haga sus veces, la cuota parte pensional de acuerdo a las consideraciones previstas en la presente resolutive “

Ahora bien, debe precisarse que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, creada mediante la Ley 57 de 1931 y el Decreto 1998 del mismo año, era una sociedad anónima de economía mixta, del orden nacional, sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente (artículo 1 del Decreto 301 de 1982 y artículo 1 de la ley 33 de 1971). En tales condiciones, la referida entidad perteneció al sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, de conformidad con lo previsto en el literal f), numeral 2, del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. (SL 3684-2019).

En ese horizonte, no es procedente reconocer la pensión de jubilación por riesgos de salud reclamada, como quiera que con atención al tiempo en que el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero se le ha reconocido previamente una pensión de jubilación legal por un Ente Territorial, por lo que nos encontramos en la prohibición dispuesta el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En un caso de contornos similares al presente donde es demandada también la Caja Agraria, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación n.º 24062, de 14 de febrero de 2005, reiterada en SL3684-2018 señaló:

“Ahora bien, aunque lo anterior resulta más que suficiente para la improsperidad del cargo, no obsta agregar, que así la Sala, por lo expuesto en el desarrollo de la acusación, entendiera que la trasgresión de la ley sustancial se debió a la no aplicación de las normas que no permiten la compatibilidad entre dos pensiones de acuerdo con el origen de los recursos, el cargo tampoco estaría llamado a prosperar, como se pasa a explicar.

Ciertamente, se pagan con recursos del Tesoro, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, esto es, los establecimientos públicos,

las empresas industriales y comerciales del Estado, o las sociedades de económica mixta donde predomine el capital estatal, en el entendido de que el inciso segundo del artículo 128 de la Constitución Política establece que "...Entiéndase por tesoro público el de la nación, el de las entidades **territoriales** y el de las descentralizadas...", y por ello cualquier pensión extralegal que exista en esta clase de entidades, como es el caso de aquellas que tengan como fuente una convención colectiva de trabajo, son del orden oficial.

Se tiene entonces, que una pensión extralegal otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del Tesoro, conforme a la prohibición legal y constitucional impera. (Negrilla y subraya fuera del texto).

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación n.º 30722 del 15 de julio de 2008, rememorada en sentencia n.º 42223 del 23 octubre de 2012 y más recientemente en sentencia SL3684-2018, recordó que:

"La censura acusa al Ad quem de haber dado por establecida la compatibilidad entre dos pensiones procedentes ambas del tesoro público, violando así la prohibición constitucional con sus desarrollos legales que la contienen.

El Tribunal se equivoca al hacer caso omiso de la rotunda prohibición constitucional: "Nadie podrá recibir más de asignación proveniente del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo en los casos expresamente determinados en la ley" pues ciertamente la condena se impone a una entidad industrial y comercial del Estado, de cubrir una segunda pensión, ahora de jubilación con fundamento en la ley del sector público, y respecto al trabajador oficial que ya disfrutaba de una pensión, de carácter convencional, originadas ambas en el mismo tiempo de servicios. Por ello el cargo prospera

En instancia se ha de señalar que en el sub lite no tiene cabida la tesis según la cual no se considera erogación del tesoro público la pensión de vejez que proviene del Sistema de Seguridad Social, en el que los fondos constituidos para financiarlas son de carácter parafiscal, pues provienen de aportes causados por el afiliado, sufragados por el mismo y su empleador; la pensión de jubilación se reclama de la entidad en el que la participación del Estado es mayoritaria, y afecta el presupuesto estatal."

En consecuencia, en aplicación de la pluricitada prohibición constitucional y dadas las reglas jurisprudenciales sentadas por la Corte Suprema de Justicia como Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, al margen que las dos prestaciones cubran o no el mismo riesgo, existe

una incompatibilidad que impide un nuevo reconocimiento pensional (artículo 128 de la Constitución Nacional).

Así las cosas, el promotor del juicio no puede percibir de forma simultánea dos pensiones públicas, una la pensión legal de jubilación y la otra, la pensión convencional de jubilación por riesgos de salud, en la medida que las dos tienen origen en los mismos tiempos de servicios prestados al Estado.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirma la decisión absolutoria de primera instancia.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

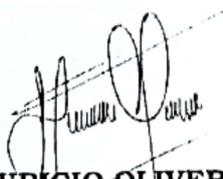
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación ante su no causación.

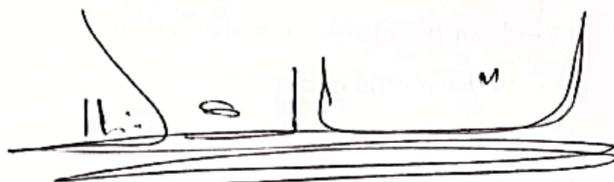
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



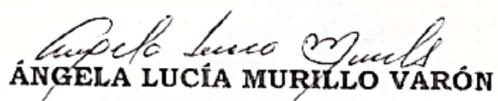
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'David A. J. Correa Steer', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ángela Lucía Murillo Varón', written above the printed name.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 34-2017576-01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

TSB SECRET 5. LABORAL
42302 6NOV'20 PM 5:45

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 20 2019 00423 01
DEMANDANTE: ANTONIO ALIRIO BARBOSA ROMERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

Conforme al memorial de folio 106, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ROCÍO MARTÍNEZ LIZARAZO identificada con Cedula de ciudadanía No. 33.368.799 y T.P. No. 280.323 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3368 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 86 a 105).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad, el 29 de enero de 2020 de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que declare que es beneficiario del régimen de transición. En consecuencia, se condene a la demanda a reliquidarle la pensión de vejez que disfruta a partir del 12 de noviembre de 2015, en aplicación al Acuerdo 049 de 1990, con

fundamento en los salarios percibidos en el último año de servicios a razón de 14 mesadas al año, la indexación, los intereses moratorios y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de noviembre de 1955 y estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través de diferentes empleadores del sector público y privado, por lo que logró acumular en total 1.795 semanas cotizadas, de las cuales 1.073 fueron aportadas antes del 29 de enero de 2003 y que para el 25 de julio de 2005 contaba con 1.211

Refirió que mediante Resolución SUB 97851 del 12 de abril de 2018 Colpensiones le reconoció pensión de vejez con fundamento en la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$781.242, quien negó el pago del retroactivo al argumentar la vinculación laboral con un empleador del sector privado y tampoco le reconoció la mesada 14. Que el 25 de mayo de 2018 solicitó el reconocimiento de la prestación en armonía con el régimen de transición, la cual fue negada mediante Acto Administrativo SUB 214018 del 11 de agosto de 2018, por lo que interpuso recurso de apelación, el cual no fue respondido (f.º 3 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó lo relacionado con la fecha de nacimiento del accionante, el número de semanas cotizadas y los actos administrativos emitidos por la entidad.

En defensa de sus intereses propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la improcedencia de intereses moratorios y la indexación, la prescripción, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 41 a 51).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de enero de 2020 de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra (f.° 74 y 75).

En sustento de su decisión, indicó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, pues no acreditó la edad requerida dentro del término previsto en la Ley.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, con el fin que sea revocada la sentencia de primera instancia y se acceda a las suplicas de demanda. En segundo lugar, argumentó que el juzgado no se pronunció y guardó silencio sobre el retroactivo al cual tiene derecho el demandante con independencia del reconocimiento o no de la reliquidación en razón a la aplicación del régimen de transición, pues el accionante cumplió los requisitos para acceder a la prestación en el año 2015 y esta sólo se comenzó a cancelar en el 2018.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. Del retroactivo pensional

Como quiera que no es materia de debate el reconocimiento pensional efectuado al demandante sino la fecha de su disfrute, procede la Sala a ocuparse de ello, remitiéndose a los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso concreto, así como a las pruebas aportadas al plenario.

Radicación n.º 1100131050 20 2019 00423 01

Frente al punto, conviene traer a colación el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, el cual dispone que: *"la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."* (Subrayado fuera de texto). Igualmente, el artículo 35 del citado precepto legal, señala que *"Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona."* (Negrilla fuera de texto original).

En ese horizonte, existe una clara diferencia entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de las mesadas pensionales, dado que el primer evento, se suscita en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la prestación, es decir, que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y también acumula la densidad de semanas exigidas según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Entre tanto, el disfrute opera previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutarla.

Jurisprudencialmente la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que por regla general la desvinculación del sistema es un requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, sin embargo, por vía excepcional existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de administrar justicia, de las cuales se pueden colegir la desafiliación efectiva del sistema.

Sobre el particular, la sentencia CSJ SL 5306-2016, reiterada en SL **SL756-2018**, precisó que:

El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1° sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el caso concreto se advierte conforme al reporte de semanas cotizadas actualizado al 3 de mayo de 2018 (f. ° 26 y 27) que coincide con el contenido de la Resolución SUB 97851 del 12 de abril de 2018, que el último empleador del demandante "RAMECO LIMITADA" realizó la última cotización para el 1° de noviembre de 2017 y reportó la novedad "P" que corresponde a la desafiliación de quien ha alcanzado los requisitos para acceder a la pensión.

De otro lado, está probado que el accionante solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez el día 17 de noviembre de 2017, pues así quedó consignado en Resolución SUB 97851 de 12 de abril de 2018, mediante la cual se otorgó la prestación (f. 11 a 14), es decir, una vez alcanzó los requisitos para acceder a la pensión.

Así pues, es válido concluir que la intención de cesar cotizaciones al sistema pensional lo fue el 1° de noviembre de 2017, momento para el cual se efectuó el último aporte, por lo tanto, el disfrute de la prestación lo sería a partir de 12 de noviembre de 2017 cuando el promotor del juicio alcanzó los 62 años, edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez por disposición de la Ley 797 de 2003, disposición respecto de la cual le fue otorgada la prestación por Colpensiones en el asunto bajo examen.

En esa medida, resulta procedente revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, condenar a la demandada a reconocer y pagar al actor el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas pensionales causadas entre el 12 de noviembre de 2017 y el 30 de abril de 2018, como quiera que la demandada reconoció la pensión a partir del 1 de mayo de 2018. Así las cosas, el retroactivo asciende a la suma de \$5.156.197, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

2. De la prescripción

En el caso bajo estudio, se verifica que la causación del derecho se dio el 12 de noviembre de 2017 (f.° 11 vto), cuando el accionante alcanzó

los 62 años y contaba con más de 1.795 semanas cotizadas. Igualmente, se observa que reclamó de la entidad en reconocimiento de la prestación casi que de manera inmediata, esto es, el 17 de noviembre de 2017 (f.° 11), la cual fue concedida a través de la Resolución SUB 97851 del 12 de abril de 2018, pero a partir del 18 de mayo de 2018 (f.° 11 a 14), acto administrativo que quedó en firme ante la no presentación de recursos por parte del demandante, además, la presente demanda fue interpuesta el 16 de junio de 2019 (f.° 37), es decir, dentro del término trienal previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que el fenómeno extintivo de la prescripción no afectó ninguna de las mesadas pensionales a las que tiene derecho el accionante, dado que causaron a partir del 12 de noviembre de 2017 como se indicó.

3. De los intereses moratorios

Considera la Sala que es procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues una vez solicitada la pensión de vejez el 17 de noviembre de 2017, la entidad reconoció la prestación a partir del 1° de mayo de 2018, cuando debió otorgarla desde el 12 de noviembre de 2017, por lo que existen unas mesadas pensionales pendientes de saldar. En consecuencia, respecto de las mesadas causadas y no pagadas correspondientes al periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 2017 y el 30 de abril de 2017, se causan intereses moratorios desde el **18 de marzo de 2018** y hasta que se verifique el pago de la obligación, por lo que resulta procedente imponer la condena solicitada en la demanda y a sí se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

4. De la indexación

Resulta importante señalar que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y la indexación son excluyentes, por cuanto el interés moratorio incluye la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la sanción misma por la mora, por lo que habiéndose concedido

los referidos intereses se absolverá a la demandada de cancelar indexación.

5. De los descuentos para salud

De otro lado, se autoriza a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del demandante, respecto de las diferencias reconocidas en esta sentencia, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994 (SL2376-2018).

6. De los demás argumentos de apelación

Estima la Colegiatura que no hay lugar a abordar ningún punto adicional de apelación como quiera que el apelante, aunque expuso que la sentencia debía ser revocada y concedida las pretensiones de la demanda, no expuso argumento alguno que sustentara la absolución de las pretensiones que no fueron analizadas en precedencia.

En ese horizonte, atendidos los argumentos de apelación, la Sala revoca la sentencia analizada, para en su lugar, imponer las condenas anunciadas.

Sin costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de enero de 2020, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar al señor Antonio Alirio Barbosa Romero la pensión de vejez a partir del 12 de noviembre de 2017.

SEGUNDO CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas pensionales causadas entre el 12 de noviembre de 2017 y el 30 de abril de 2018, el cual asciende a \$5.156.197.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas causadas entre el 12 de noviembre de 2017 y el 30 de mayo de 2018, a partir del 18 marzo de 2018 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

CUARTO: ABSOLVER la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra

QUINTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

Radicación n.° 1100131050 20 2019 00423 01



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2017 000242 01
DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO VELOZA ÁRIAS
DEMANDADO: FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS,
ASESORES EN DERECHO S.A.S. – MANDATARIA
CON REPRESENTACIÓN DEL PAR PANFLOTA,
FIDUCIARIA LAPREVISORA S.A., RETRAMAR, LA
NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO
PÚBLICO

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación que interpusieron el demandante y las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de enero de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y acredita los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, a partir de 28 de mayo de 2012. Se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. hoy Compañía de la Flota Mercante S.,A. Cerrada, desempeñándose como ingeniero en las embarcaciones POLLUX A, DON GUSTAVO, SAGALA Y SAN ANDRÉS de propiedad de empresas que fueron absorbidas por la empresa Retramar S.A.S. En consecuencia, se condene a Asesores en Derecho S.A.S. mandataria con representación de PANFLOTA, a expedir la

resolución de bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana. Se condene a la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera del PAR PANFLOTA y a RETRAMAR S.A.S a pagar a COLPENSIONES título pensional o cálculo actuarial. Se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar el título pensional por el tiempo laborado en la Armada Nacional, entidad incorporada al Ministerio de defensa Nacional.

Igualmente, se condene a Colpensiones a tener en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante, en Retramar S.A.S. y en el Ministerio de Defensa Nacional, a reconocerle la pensión de vejez a partir del 28 de mayo de 2018, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta la tasa de remplazo del 90%, que debe ser aplicada al ingreso base de liquidación que le resulte más favorable, junto con los incrementos legales y los intereses moratorios. Asimismo, se condene a las demandadas a pagar perjuicios morales y materiales, lucro cesante y daño emergente por el incumplimiento en el pago del título pensional estimado en más de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, los intereses moratorios, los derechos que haya lugar a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Subsidiariamente, solicita se declare que cumplió todos los requisitos para acceder a la pensión conforme lo dispone la Ley 71 de 1988. Ordenar a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora de Fondo Nacional del Café a pagar a Colpensiones el cálculo actuarial por todo el tiempo laborado en la Flota Mercante S.A. Ordenar a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público pagar el correspondiente cálculo actuarial a Colpensiones a pagar las condenas a su cargo debidamente indexadas. Subsidiariamente a la pretensión de pensión, se condene a Colpensiones a cancelarle la indemnización prevista en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972, además a pagar las condenas que se impongan a esta entidad debidamente indexadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Ley 95 de 1931 el Gobierno Nacional autorizó la creación de una compañía marina

mercante con la cooperación de la Federación Nacional de Cafeteros. Que el 22 de noviembre de 1940 se creó el Fondo Nacional del Café que autoriza suscribir contrato entre el Gobierno y la Federación Nacional de Cafeteros para manejar dicha cuenta y que en 1944 se autorizó a la Federación organizar una marina mercante. Refiere que el 14 de mayo de 1946, el Gobierno Nacional autorizó la suscripción de acciones en tal compañía por parte de la Federación, con dineros provenientes del Fondo Nacional del Café. En junio 8 de 1946, se crea la Flota Mercante Grancolombiana con una participación accionaria de Colombia del 45%, pasando a ser en 1954 dicha participación del 80.07%.

Menciona que la Flota Mercante se constituyó con capital público en un 100% correspondiente a parafiscales del Fondo Nacional del Café, pero se inscribió como empresa de derecho privado. El titular de la cuenta Fondo Nacional del Café es la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero es administrada por la Federación Nacional de Cafeteros que suscribió un contrato para tal fin en el año 2006.

Expuso que la junta directiva de la Flota Mercante Grancolombiana estaba integrada en su mayoría por representantes o empleados de la Federación o del Comité Nacional de Cafeteros. Igualmente, la Asamblea General de Accionistas estaba integrada en un 80.07%, por miembros de las anteriores compañías y que las decisiones tomadas por dicha asamblea lo fueron con la anuencia de la mayoría absoluta de los representantes de la Federación. Que El Comité Nacional de Cafeteros en el año 1992, determinó que el déficit financiero del Fondo Nacional del Café para el año 1993, sería cubierto con las utilidades percibidas por la Flota Mercante Grancolombiana en años anteriores, que ascendían a \$173.406.964.589,36.

Precisó que, mediante dictamen pericial del año 2002 se analizaron los estados financieros de los últimos 20 años de la Federación Nacional de Cafeteros. Que la Superintendencia de Sociedades mediante auto n.º 411-11731 del 31 de julio de 2000, decretó la liquidación obligatoria de la empresa, así como el embargo y secuestro de todos los bienes de la

Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Que la Superintendencia por auto del 28 de agosto de 2012 aprobó la rendición final de cuentas, declaró la terminación del proceso liquidatorio y ordenó el cierre y extinción de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Además, la superintendencia como juez del proceso reabrió el proceso liquidatorio y ordenó al ex liquidador nombrar un mandatario con cargo al patrimonio autónomo para atender los asuntos relacionados con los ex trabajadores, siendo actualmente este Asesores en Derecho S.A.S.

Refirió que de conformidad con la sentencia SU 1023 de 2001, la Federación Nacional de Cafeteros es la llamada a continuar con el pago del pasivo pensional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Que la Superintendencia de Sociedades determinó que cualquier reclamación de orden laboral o pensional debía efectuarse ante el Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA administrado por la Fiduprevisora S.A.

Reseñó que la Flota Mercante Grancolombiana tenía la obligación legal de pagar las pensiones de jubilación de sus trabajadores, para lo cual debía realizar el correspondiente aprovisionamiento y pago de cuotas partes, pues no subrogó tal obligación con ninguna entidad, que debido a que la empresa no realizó los aportes a seguridad social en los términos de ley, fue multada por el Ministerio de Trabajo mediante Resolución n.º 001201. La compañía tampoco realizó la conmutación pensional por los tiempos laborados. Es una empresa que se encuentra actualmente cerrada y no dejó capital ni reservas para cubrir las contingencias laborales ni pensionales, por ello la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café provee los recursos para el pago de las mesadas pensionales de los jubilados de la Flota.

Indicó que en la actualidad cuenta con 65 años de edad, convive con Sorie Rosa Suarez Cortés. Prestó servicios en la Armada Nacional entre el 10 de enero de 1972 hasta el 1º de diciembre de 1975. Laboró para la Flota Mercante Grancolombiana mediante dos contratos de trabajo el primero desde el 19 de enero de 1976 y hasta el 03 de febrero de la misma anualidad. El segundo contrato fue a término indefinido y estuvo vigente

desde el 6 de febrero de 1976 hasta el 6 de junio de 1990, desempeñó como último cargo el de primer ingeniero a bordo de los buques de la Flota Mercante. Prestó sus servicios en total por 4.905 equivalentes a 700.71 semanas, en vigencia del vínculo laboral la empresa no realizó aportes para pensiones en su favor.

Señaló que desempeñó como último cargo el de primer ingeniero a bordo de los buques de la Flota Mercante Grancolombiana, su salario estaba compuesto por salario básico mensual US\$1.034, prima de antigüedad 18% US\$155.10, sobre remuneración US\$744, salario en especie, alimentación y alojamiento US\$216, viáticos nacionales e internacionales y suplementos US\$17.39, incidencia de las primas extralegales donde el 8.33% era salario US\$179.85, devengando como salario promedio la suma de US\$2.356.34, de acuerdo a la liquidación final de prestaciones sociales, equivalentes a \$1.167.802. el salario debidamente indexado al 30 de junio de 1992 es de \$1.960.407,35.

Advirtió que se encuentra afiliado a Colpensiones y es beneficiario del régimen de transición, pues al 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad y más de 900 semanas cotizadas incluyendo el tiempo laborado en la Flota Mercante y al 29 de julio de 2005, contaba con más de 1.03,76 semanas. Expuso que cotizó a Colpensiones con otras entidades privadas por más de 711 semanas, no obstante, la administradora no ha reclamado el bono pensional que le corresponde al actor por el servicio prestado a la Armada Nacional desde el 10 de enero de 1972 hasta el 1º de diciembre de 1975. Tampoco el correspondiente al tiempo laborado para la Flota mercante.

Expuso que dirigió derecho de petición al Grupo Coremar por el tiempo laborado en los buques POLLUX A, DON GUSTAVO SAGALA y SAN ANDRÉS, ya que las empresas dueñas de dichas embarcaciones fueron absorbidas por RETRAMAR del Grupo Coremar. En respuesta RETARAMAR solicitó a Colpensiones efectuar el cálculo actuarial y esta emitió el correspondiente revivo de pago por valor de \$108.587.388, no obstante, hasta la fecha no se ha efectuado el pago correspondiente.

Dijo que solicitó a Asesores en Derecho Mandataria con Representación de PANFLOTA y a la Fiduciaria la Previsora lo incluyera en el cálculo actuarial recibiendo respuesta negativa de la primera. El 28 de diciembre de 2016, presentó reclamación administrativa a todas las demandadas. Refirió que se le causan perjuicios, pues no ha recibido su mesada pensional a tiempo, lo que debe ser reparado con intereses moratorios en cumplimiento de la sentencia C601 de 2001 o la indemnización establecida en la Ley 10 de 1972 (f.º 2 a 15).

Al dar respuesta a la demanda, **Fiduciaria La previsora** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó que la Corte Constitucional señaló que Federación Nacional de Cafeteros como Administradora del Fondo Nacional del Café como matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante debe suministrar los recursos para el pago de pensiones, así como las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Sociedades. Frente a los demás, manifestó que los mismos no le constan y deben ser probados.

En su defensa, propuso la excepción previa de indebida representación del demandante y las excepciones de mérito 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, prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 772 a 783).

La **Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público** señaló que las pretensiones no están llamadas a prosperar. En su defensa, propuso las excepciones de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la inexistencia de la obligación, falta de legitimación respecto de la parte pasiva, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 824 a 842).

Colpensiones al dar respuesta al libelo introductorio también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó

que ninguno de los hechos le consta. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso la excepción previa de falta de agotamiento de reclamación administrativa y las de fondo de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones (f.º 847 a 867)

La **Federación Nacional de Cafeteros**, se opuso a que se concedan las pretensiones. Respecto de los hechos, indicó que no eran ciertos como estaban redactados o no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la entidad, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, y las demás declarables de oficio (f.º 877 al 900).

Al contestar **Retramar S.A.S.**, manifestó que se opone a las pretensiones relacionadas con el vínculo laboral del demandante con embarcaciones Pollux A, Don Gustavo, Sagala y San Andrés, así como las demás pretensiones dirigidas en su contra. Para debilitar los pedimentos de la demanda propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, carencia de derecho, compensación buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 1312 a 1331).

Mediante auto de 4 de octubre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda respecto de Asesores en Derecho S.A.S (f.º1360 y 1361).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de enero de 2020, declaró que entre el demandante y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A existió un contrato de trabajo entre el 19 de enero de 1976 al 3 de febrero de 1976, así como del 6 de febrero de 1976 al 6 de junio de 1990. Declaró que entre el demandante y RETRAMAR S.A.S. por virtud de la absorción de sociedades se dio una vinculación laboral contractual desde el 1º de agosto de 1998 hasta el 1º de diciembre de 1998 y desde el 7 de julio de 2000 al 27 de julio de 2000 en las embarcaciones Pollux y Sagala. Declaró que la

Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A y RETRAMAR S.A.S. en sus respectivas calidades de empleadores deben asumir el valor del cálculo actuarial en favor del demandante correspondiente a los aportes que en la época en que estuvieron vigentes las relaciones debieron realizar.

Ordenó a Colpensiones liquidar el cálculo actuarial adeudado por Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A y RETRAMAR S.A.S., teniendo en cuenta que las sumas constitutivas de salario para cada una de las anualidades correspondientes específicamente de salario básico, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, auxilio de alimentación y alojamiento, la proporción salarial de las primas de antigüedad y demás factores salariales en los términos previstos en artículo 127 de Código Sustantivo del Trabajo y teniendo en cuenta las previsiones del artículo 135 de la misma norma, en razón a que el salario acreditado en el proceso lo fue en moneda colombiana al tipo de cambio oficial del día en que se debía efectuar el pago. Preciso que de no existir soporte del salario devengado se debe tomar el salario del último mes acreditado y en su defecto el salario mínimo legal mensual vigente para el mes correspondiente. Lo anterior conforme los lineamientos del Decreto 1887 del 1994. Los porcentajes correspondientes a cargo del empleador en cual una vez efectuado deberá ser tenidos en cuenta por Colpensines para efectos de establecer eventuales derechos pensionales a los que pudiera acceder el demandante.

Condenó al Patrimonio Autónomo Panflota del cual es vocera la Fiduciaria La Previsora S.A.S. y a la mandataria con representación Asesores en Derecho S.A.S. a adelantar las gestiones administrativas correspondientes con el fin de expedir los actos administrativos de reconocimiento de cálculo actuarial. Dispuso que una vez recibido por parte de Colpensiones y cumplido ello, le corresponderá al Patrimonio Autónomo Panflota del cual es vocera la Fiduciaria La Previsora S.A.S. y a la mandataria con representación Asesores en Derecho S.A.S. pagar el valor del cálculo actuarial a entera satisfacción de Colpensiones.

Declaró subsidiariamente responsable al Fondo Nacional del Café el cual es administrado por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, respecto del cálculo actuarial a cargo de Panflota. Absolvió a las demandadas de las demás súplicas incoadas en su contra y a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las pretensiones elevadas en su contra. Declaró de oficio la excepción de petición antes de tiempo respecto al reconocimiento y pago de pensión de vejez en favor del demandante, como quiera que no se ha realizado el cálculo actuarial ni el pago correspondiente. Además, se abstuvo de imponer costas en la instancia (f.º 1.420).

En sustento de su decisión, indicó que el demandante logró demostrar que estuvo vinculado como cadete a la Armada Nacional, pero no que dicha actividad se hubiera desarrollado en el marco del servicio militar obligatorio, por lo que no es posible tener el periodo de tiempo correspondiente como válido para acceder a la pensión de vejez. Encontró que, Retramar S.A.S. absorbió a Naviera Altamar propietaria de la embarcación Sagala y precisó que las embarcaciones San Andrés y Don Gustavo son propiedad de Petromar que ninguna relación tiene con Retramar S.A.S.. De otro lado, concluyó que en los tiempos en que el demandante prestó sus servicios a Retramar S.A.S y la Flota de Inversiones debe ser cubiertos mediante cálculo actuarial, pues si bien los empleadores para la época no habían sido llamados a cotizar por no existir cobertura del ISS, si debían hacer las apropiaciones, pues no se liberaba de su obligación mientras no subrogara la obligación y el trabajador no puede perder esos tiempos para acceder a la pensión de vejez.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte **demandante** argumentó que apela parcialmente todos los numerales de la sentencia como quiera que en el expediente reposa prueba n.º 45, correspondiente al bono pensional expedido por el Ministerio de Defensa, por lo que este tiempo debe ser tenido en cuenta para efectos de

pensión dado que mientras estuvo como cadete, se cumplieron las mismas funciones que en el servicio militar obligatorio, pues cuidaba al presidente de la República y el hecho de cargar un fusil es eminentemente natural al servicio militar obligatorio. Precisó al punto que en la sentencia SL 1188-2016, indicó que esos tiempos deben sumarse para la pensión con el salario mínimo legal mensual vigente.

Adujo que está de acuerdo con que los salarios deben establecerse mes a mes para liquidar la pensión de vejez, más no el cálculo actuarial y para ello, basta remitirse a la jurisprudencia que ha señalado que el cálculo actuarial se determina conforme lo establece del decreto 1887 de 1994, esto es, el último salario devengado, porque si se hacen las operaciones matemáticas mesa a mesa se desfalcara a Colpensiones.

Arguyó que para **determinar el último salario deben tenerse** en cuenta el salario básico que está acreditado con la hoja de cardex debidamente aportada, al que se deben sumar la prima de antigüedad correspondiente para el primer día del tercer año el 5%, para el primer día del quinto año el 10% y 1% adicional hasta el máximo del 40% que cree legó hasta el 22%. Además, han de tenerse en cuenta las horas extras, precisó aquí que para los años 1976 a 1988 y, a partir de esta anualidad la convención cambió y con ella el sistema remunerativo del trabajo suplementario, así como los dominicales y festivos por una sobre remuneración fija mensual del 8.33%, establecida en la convención. Aseguró que los viáticos también hacen parte del salario de acuerdo a la cláusula quinta del contrato y a la convención colectiva. Explicó que las primas extralegales de servicio también deben tenerse en cuenta al señalar que las mismas equivalían a 15 días hábiles y les pagaban 60 días en virtud del Tribunal de Arbitramento del 28 de marzo de 1973, que fue homologado por la Corte y deben tenerse en cuenta como salario. Por lo que solicitó **modificar la sentencia para establecer el cálculo actuarial con el último salario** compuesto por los factores antes señalados.

Sostuvo que sumado el tiempo de servicios prestados a la Armada Nacional, a la Flota Mercante y el tiempo cotizado hasta mayo de 2012, se

corroborar que el accionante contaba con 1.405 semanas por que tienen derecho al reconocimiento de la pensión a partir de mayo de 2012 y así lo ha indicado la Corte Suprema en casos similares en los que no ha concluido que hay petición antes de tiempo. Adicionalmente, han tenido la condición de beneficiario del régimen de transición del que gozaban los afiliados. En consecuencia, solicita **reconocer al demandante la pensión de vejez teniendo en cuenta una tasa de remplazo del 90%** a partir de mayo de 2012, junto con los **intereses moratorios y la indexación primera mesada** pensional, como lo estableció la SU 065 y la SU 069 de 2018 de la Corte Constitucional, en la que se reconoció que el no pago de la pensión genera perjuicios y ordena además a la Corte Suprema de Justicia cambiar su jurisprudencia. Y pagar **intereses moratorios** por el perjuicio causado al trabajador.

De otro lado, arguyó que la **Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público** debe ser condenada a reconocer el cálculo actuarial pues en virtud de la Ley 4 de 1962, el Estado Colombiano se obligó a que todos los remanentes que quedaran de la relación de la Federación Nacional como administradora del Fondo Nacional del Café, siendo así que el Estado era el dueño de la Flota.

Argumentó que **Asesores en Derecho tiene la obligación legal de expedir los actos administrativos** tendientes al reconocimiento del cálculo actuarial para que Colpensiones lo elabore tanto el de Retramar como el correspondiente a la Flota Mercante. En otro punto, refirió que **las costas** deben ser impuestas a todas las demandadas vencidas, algunas de las cuales dilataron el proceso injustificadamente, por ello, deben aplicarse los porcentajes establecidos por el Consejo de Estado para imponer las costas.

La demandada Federación Nacional de Cafeteros arguyó que debe ser revocada la sentencia, pues difiere de la interpretación constitucional. legal, jurisprudencial y probatoria realizada por el Juzgado en la sentencia en tres puntos.

Primero que conforme al artículo 148 de la Ley 222 de 1995, los elementos para que se configure la responsabilidad subsidiaria son cuatro; 1. Que exista una situación de matriz o controlante, 2. Que la entidad controlada se encuentre en situación de insolvencia, 3. Que haya sido liquidada y 4. Que la situación de insolvencia se haya producido en beneficio de la controlante y en perjuicio de la controlada. Extrayéndose de la norma además que no se pueden presumir dos de los cuatro elementos. Aseguró que la sentencia de primera instancia no se ocupó de verificar que la situación de insolvencia se haya producido en beneficio de la controlante y en perjuicio de la controlada.

Señaló que respecto de la responsabilidad subsidiaria el Juzgado tomó en cuenta el artículo 30 de la Ley 222, del cual se deduce la situación de matriz o controlante por la inscripción en el certificado de existencia y representación de la Flota Mercante, pero ello, no es suficiente. Arguyó que de considerarse que la presunción prevista en la norma opera respecto de todos los elementos de la responsabilidad subsidiaria, el Despacho realizó una interpretación equivocada del material probatorio, pues fue leída parcialmente respecto de aspectos que parecerían conducir a la conclusión que llegó el Juzgado, pero lo cierto es que lo indican las pruebas es que conforme al estudio de viabilidad económica y financiera se puede deducir que previo a la operación de venta de mar de la extinta Compañía de la Flota Mercante Grancolombiana hacía 20 o 30 años la operación de mar había funcionado a pérdida y se mantenía únicamente en razón a las utilidades que generaban las inversiones que dicha compañía tenía y por el contrario la operación de mar no producía utilidad alguna, no era rentable.

Indicó que mal puede concluirse que la enajenación de dicha operación, fue la causante de la situación de insolvencia, por el contrario, está probado es que fueron múltiples situaciones externas ajenas a las decisiones de la Federación las que produjeron la situación de insolvencia, entre otras, la eliminación de la reserva de carga beneficio otorgado por el Gobierno que al ser desmontado la puso a competir en igualdad de

condiciones con flotas internacionales; también la caída en el valor de los fletes en el mercado internacional.

Señaló que el Fondo Nacional del Café es una cuenta del tesoro Nacional, parafiscal que no tiene personería jurídica, por ello, no puede ser matriz o controlante de nadie por lo que la conclusión del Juzgado no resulta lógica. Indica que la Federación Nacional de Cafeteros únicamente actúa en los términos y las competencias que le da la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través del contrato de administración del Fondo Nacional del Café, que tiene como órgano rector al Comité de Cafeteros y está conformado en un 50% por la Nación y en un 50% por el gremio cafetero y de presentarse empate, este es dirimido por el Presidente de la República, quien además tiene poder de veto. Todo lo anterior, lleva a que no es cierto como se concluyó en primera instancia, que exista el elemento de la existencia de la situación de control, por lo que debe revocarse la condena por responsabilidad subsidiaria.

En segundo lugar, expuso que, de existir responsabilidad subsidiaria, en todo caso no existía la obligación de afiliación y no puede aplicarse la figura del cálculo actuarial a situaciones como las planteadas en este caso, pues estaba prevista para aquellos empleadores que estando en la obligación no cotizaron en favor de sus trabajadores. Sostuvo al punto que sobre el asunto no existe unidad en el criterio jurisprudencial y solicita tener en cuenta las sentencias T435 de 2014, T543 de 2015, T594 de 2015, las que señalan la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y la no aplicación del decreto reglamentario, para en su lugar, ordenar el pago únicamente las semanas mínimas que se requieren para acceder al derecho a la pensión mínima por ser el derecho fundamental en discusión, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para la época. Explicó que esto se debe a que no se configuró una omisión del empleador, sino un olvido del legislador por lo que se deben imponer cargas compartidas entre el Estado y la empresa. Preciso en todo caso que el cálculo estaba previsto para trabajadores cuya relación laboral se encontrara vigente a la entrada en vigencia de la Ley

100 de 1993, lo que no ocurre en el presente asunto pues la desvinculación del demandante se dio en el año 1990.

En tercer lugar, expuso que con fundamento en la sentencia T 543 del año 2015, del cálculo actuarial se debe ordenar el descuento del porcentaje que le hubiere correspondido al trabajador, dado que no se trató de una omisión del empleador, sino como ya se indicó del legislador en la forma en que concibió el sistema de aseguramiento. Argumentó además que el salario del demandante corresponde al básico y no por otros factores, pues ellos están excluidos por expresa disposición legal especialmente la prima de servicios. Arguyó al punto que deben tenerse en cuenta los salarios máximos previstos por el ISS.

De otro lado, señaló que como la remuneración estaba fijada en dólares no hay lugar a aplicar indexación alguna porque la variación en la tasa de cambio respecto del peso al dólar ya refleja la pérdida de valor adquisitivo del peso. En consecuencia, se debe usar la tasa representativa vigente para el momento de realizar el cálculo y no la vigente al momento de finalizar el contrato.

A su turno, **la demandada Fiduciaria la Previsora S.A.** argumentó que su objeto social está relacionado única y exclusivamente con la ejecución de operaciones asignadas a las sociedades fiduciarias, que en este caso el objeto del contrato se limita al pago de mesadas pensionales y aportes a EPS, por lo que está fuera de su órbita el pago de cálculos actuariales o títulos pensionales. En todo caso, el patrimonio autónomo se nutre de los recursos que le transfiere la Federación Nacional de Cafeteros quien tiene a cargo las demás obligaciones dinerarias como administradora del Fondo Nacional del Café.

Señaló que no fue, ni es el empleador del hoy demandante y la obligada es la extinta Compañía de Inversiones, que para el caso, es la Federación Nacional de Cafeteros como controlante de la primera y poseedora del 80% de las acciones.

La demandada Asesores en Derecho S.A.S. solicitó revocar la condena frente al pago del cálculo actuarial, pues actúa como mandataria con representación con cargo a PANFLOTA, por lo tanto, no tiene la calidad de representante legal de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante razón por la cual no se le puede endilgar ningún tipo de responsabilidad.

Adujo que conforme al contrato de mandato 9262001 de 2014 tiene unas funciones específicas dentro de las cuales se encuentra únicamente expedir actos administrativos, en ningún caso se le endilgó obligación frente al reconocimiento o pago de prestaciones de carácter pensional, además, ni siquiera en la demanda se exigió el pago del cálculo actuarial de su parte.

La demanda **RETRAMAR** también interpuso recurso de apelación, al referir que fue condenada a pagar un cálculo actuarial por aportes no realizados por quienes fungieron como empleadores del demandante para la época en que como lo estableció el despacho prestó sus servicios en la embarcación POLLUX entre el 1º de agosto y el 1º de diciembre de 1998, sin tener en cuenta conforme al expediente administrativo aportado por Colpensiones las cotizaciones que si fueron realizadas por los periodos señalados tanto en la parte motiva como resolutive de la sentencia, por lo que debe ser absuelta de pagar cálculo actuarial por estos periodos.

En relación con el periodo en el que prestó servicios en la embarcación SAGALA, precisó que esta pertenecía a la naviera Altamar que fue absorbida por Retramar mediante escritura 2947 del 12 de diciembre de 2007, por lo que no habría lugar imponer la condena por 20 días trabajados en el año 2.000, pues la absorción se dio 7 años después de haberse prestados los servicios que no fue propiedad de Retramar sino de la Naviera Altamar. Advirtió que no se puede predicar sustitución patronal, pues para la fecha en que se dio la absorción el demandante no prestaba sus servicios en la embarcación. En todo caso, cuando se dio la absorción solo le fueron entregados en relación con el demandante el contrato de trabajo y la liquidación final por lo que se suponían realizadas

las cotizaciones y por lo tanto, no puede asumir la obligación de pagar cálculo actuarial por 20 días aparentemente laborados.

En otro punto, argumentó que el despacho no estudió la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda y que este fenómeno operó como quiera que entre las supuestas fechas en que se prestaron los servicios y la presentación de la demanda transcurrieron más de tres años.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

1. De la existencia de las relaciones laborales

Corresponde a la Sala determinar en primer lugar si el demandante tiene derecho a que Colpensiones determine cálculo actuarial. Para el efecto, resulta necesario establecer de manera previa si la demandada Fiduciaria La Previsora S.A. y Asesores en Derecho S.A.S., están llamadas a responder por el cálculo actuarial correspondiente al periodo en que el promotor de juicio prestó sus servicios a la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante y, si la Federación Nacional de Cafeteros debe responder de manera subsidiaria por esta obligación. Después se verificará si Retramar S.A.S. tiene a su cargo el reconocimiento y pago del cálculo actuarial por el tiempo en que el accionante prestó sus servicios a la embarcación.

1.1. De la relación laboral con la Compañía de inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana

Para dilucidar el primer problema jurídico planteado, se encuentra demostrado que Miguel Antonio Veloza Árias prestó sus servicios como primer ingeniero a bordo a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., a partir de 19 de enero al 3 de febrero de 1976 y, desde el 6 de febrero de 1976 hasta el 6 de junio de 1990, dado que así se declaró en la primera instancia y las partes no se opusieron. No obstante, conforme a la comunicación emitida por la Flota Mercante en Liquidación Obligatoria el 11 de octubre de 2011 (f.º 575 y 576), del tiempo laborado deben ser descontados 346 días, en los que el accionante disfrutó de licencia sin remuneración, en aplicación del artículo 53 del Código Sustantivo de Trabajo vigente para la fecha de la relación laboral el cual consagra para estos eventos la falta de obligación de tener en cuenta dicho periodo para efectos pensionales. Por lo que, se modifica la sentencia en este punto y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia de encontrarse acreditado el derecho al pago del cálculo actuarial.

Ahora, conforme a la comunicación a la que se acaba de hacer referencia se verifica que la Flota Mercante en Liquidación informó que *“Para la fecha de vinculación del señor MIGUEL ANTONIO VELOZA ARIAS, la compañía no realizó aportes a la seguridad social en pensiones ya que las asumía directamente, situación por la cual no se le realizaba ningún descuento por dicho concepto”*. Igualmente, en comunicación del 3 de noviembre de 2011, la Flota Mercante en Liquidación puso de presente al accionante que no efectuó pago de bono pensional a su favor a ningún fondo público o privado, como quiera que la relación no estaba activa para cuando entró en vigor la Ley 100 de 1993.

1.2. De la relación laboral con Retramar S.A.S.

Al punto, de conformidad con las planillas de pago de folios 1332 a 1337 y la historia laboral de folios 667 y 668, se demuestra que POLLUX LTDA cotizó en pensiones a favor del demandante los periodos de agosto,

septiembre, octubre y noviembre de 1998, tal como afirmó Retramar al contestar la demanda. En consecuencia, no es procedente condenar a la demandada a cancelar cálculo actuarial por este periodo, por lo que la sentencia será revocada en este punto. No olvida la Sala que el análisis se realiza inicialmente en el grado de consulta en favor de Colpensiones, no obstante, la demandada Retramar S.A.S interpuso recurso de apelación sobre este punto y por razones de orden de la presente providencia se resuelve en este momento.

En relación con el periodo comprendido entre el 7 y el 27 de julio del año 2.000, estima la Sala que se encuentra acreditada la prestación de servicio del demandante a bordo de la embarcación SAGALA de conformidad con el contenido de contrato de trabajo, el formato de embarque y desembarque, así como la liquidación de contrato de trabajo (f.º 1.351 a 1353).

Ahora bien, la nave denominada SAGALA según certificado de matrícula de folio 1350, pertenecía a la Naviera Altamar Ltda, la cual fue absorbida por Retramar S.A.S. mediante escritura pública n.º 2947 del 12 de diciembre de 2007, otorgada por la Notaria 41 del Circulo de Bogotá y que se suscribió en registro mercantil del 26 de febrero 2016, según fue confesado por la demandada Retramar S.A.S. al contestar la demanda. Circunstancia que en todo caso consta en certificado de existencia y representación de folio 1.339 a 1348.

Sobre la figura de la absorción, la Superintendencia de Sociedades mediante oficio 220-10481 del 27 de marzo de 2001, señaló que:

“B .EFECTOS DE LA FUSIÓN Entre las diferentes implicaciones de un proceso de tal naturaleza pueden enumerarse: la modificación al contrato social; la disolución de las sociedades sin implicar la inmediata liquidación de su patrimonio social; la extinción de entes jurídicos y la transmisión patrimonial, consecuencia esta última de la cual se va a ocupar este punto del estudio. Como enunciado debe decirse que la sociedad absorbente o la nueva compañía adquiere los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión (Inciso segundo del artículo 172 C.Co), que trae como consecuencia directa que las obligaciones de las

sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías subsistan solamente respecto de la sociedad absorbente (inciso segundo del Artículo 175 C.co). “Preceptos que se confirman de manera expresa en el artículo 178 ibídem, que señala que es en virtud del perfeccionamiento del acuerdo de fusión, que la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas.”

Ahora la absorción se entiende perfeccionada cuando la escritura pública que contiene el acuerdo y en la que se formalizan los documentos previstos en el artículo 177 del Código de Comercio se inscribe en el registro mercantil del domicilio de las sociedades, ya que por ser una reforma estatutaria debe cumplir con tal exigencia para que tenga efectos ante terceros, tal como lo dispone el artículo 158 Código de Comercio.

En ese horizonte, no queda duda que Retramar S.A.S al absorber a Naviera Altamar S.A. propietaria de la embarcación SAGALA, asumió las obligaciones laborales insolutas de esta. En consecuencia, está llamada a responder por la cotización a pensiones en favor de demandante, pues esta era una obligación en cabeza de Naviera Altamar S.A.

2. De la falta de afiliación y del cálculo actuarial

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se advierte que las normas llamadas a definir los efectos de la *«falta de afiliación»*, en perspectiva de la consolidación del derecho, **«son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados»** (CSJ SL14388-2015).

Igualmente, tiene adoctrinado la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria laboral que el empleador, que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores, máxime cuando se trata de períodos en que aquellas

estaban a su cargo, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez. Así lo indicó en sentencia CSJ SL9856-2014, reiterada en SL173002014, SL14388-2015, SL10122-2017, SL15511-2017, SL068-2018, SL1356-2019 y SL1342-2019, en la cual se puntualizó que:

“Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período -en el que aquel tuvo tal responsabilidad-, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.”

Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos periodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador (CSJ SL5109-2019).

Lo anterior, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de periodos realmente

laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. Por lo anterior, cuando no fue posible la afiliación, lo pertinente es que el empleador pague el título pensional para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez (CSJ SL17300-2014, reiterada en CSJ SL5535-2018).

Conviene resaltar que el cálculo actuarial *«es un mecanismo de financiación de las pensiones ideado por la Ley 100 de 1993, para prestaciones causadas durante su vigencia (CSJ SL14388-2015) sin importar si los tiempos a convalidar se prestaron antes o después de su expedición»* (CSJ SL5539-2019). Por tal motivo, las entidades de seguridad social a efectos de reconocer pensiones, incluso en aplicación del régimen de transición, pueden tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado (CSJ SL9856-2014 y CSJ SL068-2018).

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es necesario que el contrato de trabajo esté vigente a la entrada en vigor de la norma en comento, toda vez que dicho aparte es contrario a los postulados de la seguridad social y, por ello, lo ha inaplicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013, CSJ SL646-2013, CSJ SL2138-2016, CSJ SL15511-2017 y CSJ SL3937-2018.

En resumen, las reglas y subreglas que emergen de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se sintetizan en que: **(i)** los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, **(ii)** en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, deben estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y **(iii)** la manera de concretar ese gravamen, en casos en los que el trabajador no alcanzó a estructurar los requisitos para obtener una pensión a cargo del empleador o a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez que otorga el sistema, es facilitar que consolide su

derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el presente caso, si bien para el momento en que estuvo vigente la relación laboral la Flota Mercante Grancolombiana no estaba obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, lo cierto es que ello, no la exonera de responder por aquellos periodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues tal proceder iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador.

Quiere decir lo anterior que, el simple trabajo humano desplegado en favor de un empleador debe tener efectos pensionales. No puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, pues, se insiste, son un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable. En ese horizonte, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al definir que *«la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado»* (SL 33476, 30 sep. 2008).

Conforme a lo expuesto resulta claro que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 19 de enero al 3 de febrero de 1976 y desde el 6 de febrero de 1976 hasta el 6 de junio de 1990, cuando prestó sus servicios a la Flota Mercante. Asimismo, por el lapso comprendido entre el 7 al 27 de julio cuando prestó servicios a bordo del buque SAGALA de propiedad de la Naviera Altamar S.A. hoy Retramar S.A.S.

Conviene señalar aquí, que el derecho pago del cálculo actuarial es imprescriptible como quiera que forma parte de los recursos necesarios para el reconocimiento de la pensión (SL-738 de 2018).

3. De la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros

Para abordar este tópico, resulta pertinente determinar cuál fue la relación jurídica entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., cuya liquidación obligatoria se declaró terminada por parte de la Superintendencia de Sociedades mediante el Auto No. 400-010928 del 28 de agosto de 2012, adicionado por los Autos 400-16211 del 22 de noviembre de 2012 y 400-17782 del 18 de diciembre del mismo año (f.º 812 a 819).

Pues bien, dado que la terminación del proceso liquidatorio de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. marca el momento en que se puede reclamar la declaración de la responsabilidad subsidiaria, importa destacar acerca de la condición de sociedades matriz y subordinada, establecida en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, subrogados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, que no admite discusión alguna, en tanto fue asentada de antaño por la propia Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, quien a través de comunicación del 29 de abril de 1998, informó a la Cámara de Comercio de Bogotá que:

“en condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de éste, la Federación tiene el ochenta por ciento (80%) de las acciones de la sociedad actualmente denominada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. (...) Dado lo expresado en el punto anterior, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. se encuentra en la situación de subordinación establecida en el por el (sic) artículo 27 de la Ley 222 de 1995, respecto de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en tanto ésta obra en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, por cuanto, en la condición dicha, es titular del más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de la mencionada sociedad anónima. Por lo tanto, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. es una filial de la Federación, en cuanto ésta obra como administradora del Fondo Nacional del Café. En consecuencia, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, mediante el presente documento se procede a inscribir en el registro mercantil la mencionada situación de control.” (fº327)

Acerca de la estructuración de la responsabilidad subsidiaria a cargo de la sociedad matriz, el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, pero vigente durante

el año 2000 cuando se ordenó la liquidación obligatoria de la Compañía De Inversiones De La Flota Mercante S.A., establecía que:

“ARTICULO 148. ACUMULACION PROCESAL.

(...)

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

De lo expuesto se sigue, que el precepto en cita presume que el estado concursal de la sociedad subordinada obedece a las actuaciones de la matriz o controlante o sus vinculadas, salvo que éstas demuestren que se generó por causas distintas. Por tanto, resulta claro que la presunción contenida en la norma admite prueba en contrario de parte de la sociedad matriz o sus vinculadas, por lo que se requiere verificar si la Federación de Cafeteros acompañó prueba que le permita desvirtuar suficientemente la presunción que obra en su contra, respecto a las actuaciones que condujeron a la liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.

Así las cosas, se observa que la Federación alega como principal argumento para ser eximida de la responsabilidad subsidiaria, que el infortunio empresarial de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. obedeció a las decisiones asumidas por el Estado mediante la Ley 7 de 1991 y los Decretos 501 de 1990 y 2327 de 1991, que dispusieron la supresión de la “*reserva de carga*” que la benefició hasta ese momento, consistente en tener la exclusividad para transportar el 50% de la carga entrante y saliente del territorio nacional. Para tales efectos, se apoya en el “*Estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana*”, documento de cuyo origen y autenticidad dieron cuenta

sus autores mediante la declaración obrante en documento contentivo de las pruebas allegado por la Federación Nacional de Cafeteros a folio 871, y que de acuerdo a los artículos 54A parágrafo del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, es susceptible de valoración en tanto las partes a quien se opone no solicitaron su ratificación.

Ahora, en cuanto al valor probatorio del referido estudio, importa destacar que el hecho de haberse elaborado por solicitud de la propia Federación, quien ahora pretende beneficiarse de su contenido, en principio, relativiza su objetividad y acierto; sin embargo, será analizado por la Sala dado que las conclusiones que la Federación Nacional De Cafeteros pretende asignarle, resultan equivocadas.

El referido estudio indica que la **eliminación de la reserva de carga** fue apenas uno de los tantos factores que, antes de la adquisición por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, incidió en el decrecimiento económico de la entonces Flota Mercante, pues incluso durante los 13 años precedentes a la abolición de aquella prerrogativa (1979 – 1991), la participación de la Flota en el comercio exterior de Colombia fue disminuyendo progresivamente, debido a otros factores como la revaluación del peso frente al dólar, la reducción de las tarifas de los fletes internacionales y el auge del transporte multimodal frente a la precariedad de su flota, lo cual conllevó inclusive, a que el comercio exterior del país creciera en la misma medida que el volumen movilizado por la Flota Mercante disminuía, pese a la existencia de la reserva de carga

De esta manera queda evidenciado que la eliminación por mandato legal de la reserva de carga, además de ser un hecho anterior al ingreso de la Federación Nacional de Cafeteros como socio mayoritario de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. ni siquiera es la causa que generó el descalabro económico de esta última.

Por otro lado, el citado *“Estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana”*, refiere entre las diversas

causas de la liquidación de la CIFM, algunas inversiones o decisiones que no produjeron los resultados esperados por ésta en materia de capitalización, correspondientes a: **i)** la asunción de las pérdidas generadas por la empresa Transportación Marítima Grancolombiana (TMG), a la cual se adhirió como socia minoritaria (40%) tras reformar sus estatutos y abandonar la actividad de transporte marítimo; **ii)** la negativa de su accionista principal (Federación Nacional De Cafeteros) a las soluciones de inversión y capitalización propuestas en el año 1998, para en su lugar, privilegiar la capitalización del Banco Cafetero con recursos del Fondo Nacional del Café; **iii)** el retardo en la venta de las acciones de ACES S.A., por circunstancias ajenas a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., cuya compra oportuna por un inversionista extranjero se vio frustrada, y; **iv)** el apoyo económico dado por la CIFM a algunas de sus empresas subsidiarias, pertenecientes al grupo de transporte multimodal que existía antes de su renuncia al transporte marítimo, y que no le reportaron utilidades a partir de su transformación en la Compañía de Inversiones (Cuaderno anexo estudio sobre viabilidad (f.º cuaderno separado a 172 folios).

De lo expuesto, se advierte que la Federación Nacional de Cafeteros como sociedad matriz, incurrió por vía de acción y omisión en algunas conductas que le reportaron pérdidas o al menos un estancamiento económico a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., por lo que se concluye que **no** desvirtuó la presunción establecida en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, esta de carácter legal.

Conviene señalar que la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera reiterada sobre la situación de subordinación y presunción de responsabilidad subsidiaria en aplicación a la presunción prevista en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por ejemplo, en las sentencias SL15310-2014, SL347-2020, SL1973-2019 y SL347-2020, en la última señaló que:

“Debe recordarse, que el Tribunal para concluir que la recurrente, tenía responsabilidad subsidiaria en la obligación del pago de la pensión de

jubilación del demandante, sostuvo que conforme a lo preceptuado en el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, y 61 de la Ley 1116 de 2006, existe una «presunción legal» de que el estado de liquidación obligatoria de la sociedad subordinada, surge como consecuencia de las actuaciones de control ejercidas por la matriz; agregando que no existían en el informativo «situaciones que permitan infirmar la presunción legal», lo cual anotó que correspondía acreditar a la empresa controlante o sus vinculadas.

Por su parte, el censor sostiene que el juez plural incurrió en yerros jurídicos por la interpretación errónea del elenco normativo que conforma la proposición jurídica, que condujo igualmente a la aplicación indebida de otras disposiciones también acusadas.

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

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

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

De igual forma, la Ley 1116 de 2006, que derogó el Título II de la Ley 222 de 1995, en su artículo 61, que también fue el cimiento jurídico de la decisión de segundo grado, dispone:

ARTÍCULO 61. DE LOS CONTROLANTES. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa

situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente. (Negrillas fuera de texto original).

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

De la lectura de la providencia confutada, se observa que el juez de segundo grado, una vez concluyó que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, fungía como entidad controlante o matriz, respecto de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., lo que no es objeto de controversia, le atribuyó responsabilidad subsidiaria, tomando como presupuesto para ello, la presunción legal prevista tanto en el parágrafo del artículo 148, como en el 61 transcritos, esto es, que el estado de liquidación obligatoria, provenía de los actos de control que aquella ejerció, sosteniendo además, que ello no fue desvirtuado por parte de la recurrente, al no aparecer acreditadas en el expediente, situaciones que así lo indicaran.”

De otra parte, importa advertir que pese a su naturaleza jurídica¹, la Federación Nacional de Cafeteros se encuentra sometida al cumplimiento de la norma antes citada, así como al de todas las que integran el régimen mercantil, pues evidentemente ostenta la calidad de comerciante indicada en el artículo 10 del Código de Comercio, en tanto desplegó frente a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., cuando menos, aquella actividad mercantil prevista en el numeral 5º artículo 20 de dicho ordenamiento, correspondiente a “*La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones*”, situación que aunada a la presunción de ejercicio del comercio que señala el artículo 13 ibídem “*cuando se halle inscrita en el registro mercantil*” sin duda confirman que sus actuaciones como socia de la

¹. De acuerdo al artículo primero de sus Estatutos, la FNCC es una institución de carácter gremial, integrada por los productores de café del país que acrediten dicha condición en la cédula cafetera y cumplan las formalidades que determinen el Congreso Nacional de Cafeteros, el Comité Directivo y los presentes Estatutos; tiene por objeto orientar, organizar, fomentar y regular la caficultura colombiana procurando el bienestar del caficultor a través de mecanismos de colaboración, participación y fomento de carácter económico, científico, tecnológico, industrial y comercial, buscando mantener de capital social estratégico de la caficultura colombiana.

Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., están reguladas por el derecho comercial

Ahora, en cuanto a la **posibilidad de afectar los recursos del Fondo Nacional del Café** para pagar obligaciones a cargo de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., la Corte Constitucional determinó que sí es viable, a través de la Sentencia SU – 1023 de 2001, en la que se expuso:

“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.”

Del mismo modo, frente al alcance de la responsabilidad subsidiaria en relación con la calidad de accionista de la Federación Nacional de Cafeteros, la Sala no desconoce el contenido del artículo 252 del C. de Co., en cuanto establece la improcedencia de las acciones de terceros contra los socios por sus obligaciones sociales en la sociedad anónima; tampoco lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

frente a esa situación, en el sentido que “La razón para ello es que en las sociedades de capital, el accionista no compromete su responsabilidad en iguales condiciones a las de un socio de las sociedades de personas, pues mientras en aquellas no hay acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, de conformidad con las previsiones del artículo 252 del Código de Comercio, en éstas, los miembros que conforman la sociedad son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, tal como lo prevé el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que tal norma responsabilice a los accionistas por las obligaciones laborales surgidas, dado que el sujeto de los derechos y obligaciones es el ente social” (Sentencia 28443 del 22 de agosto de 2007).

Conforme a las anteriores consideraciones, encuentra esta Colegiatura que la Federación Nacional de Cafeteros está llamada a responder de manera subsidiaria con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café por las obligaciones que con sus trabajadores tenía la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.

4. De la determinación del cálculo actuarial

De otro lado, no hay ninguna duda que para la procedencia del cálculo o reserva actuarial nos debemos remitir a lo regulado en el Decreto 1887 de 1994, disposición que en su artículo 3 fija el salario de referencia, conforme se complementa en el artículo 4 de la misma norma (SL 3568-2020) que señala:

*Artículo 3º Determinación del valor de la reserva actuarial. La reserva actuarial a que hace referencia el artículo anterior será calculada de conformidad con la siguiente fórmula y se expresará en pesos sin decimales:
Valor de la Reserva Actuarial = (Pensión de referencia x F1 + AF x F2) x F3
[...]*

*2.F1 = Factor de capital necesario para financiar una pensión unitaria de vejez y de sobrevivientes a la edad utilizada para el cálculo del **salario de referencia de la reserva actuarial**, de acuerdo con la siguiente tabla:*

EDAD UTILIZADA PARA EL CALCULO DEL SALARIO DE REFERENCIA DE LA RESERVA ACTUARIAL	FACTOR (F1)	
	Hombres	Mujeres

57	244.428700	220.477770
58	239.799200	215.460655
59	235.085701	210.372673
60	230.292048	205.217983
61	225.421825	199.998605

[...]...

*Artículo 4: **Salario de referencia.** Para efectos del artículo anterior, se entiende por salario de referencia el que el trabajador tendría a la edad de 57 años de edad si es mujer o 62 si es hombre. Dicho salario se obtiene de multiplicar el salario **base de liquidación por el trabajador a 31 de marzo de 1994**, por la relación que exista entre el salario medio nacional a la edad de los 57 años si es mujer o 62 años si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que tenía el trabajador a 31 de marzo de 1994. La tabla de salarios medios nacionales será establecida por el DANE y oficializada por el Gobierno Nacional. (Subraya y negrilla fuera del teto).*

Como se ve, la ley es clara en determinar la metodología que se debe utilizar para determinar el cálculo actuarial y establecer los distintos elementos a tener en cuenta, incluido el salario, por lo que este no puede ser establecido conforme a los salarios mes a mes.

Por tal motivo, para determinar el monto del cálculo a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, Colpensiones deberá dar aplicación a lo previsto en la citada norma y demás que la reglamenten, para el efecto se tendrá como salario de referencia el devengado para el 11 de junio de 1990, cuando finalizó el contrato de trabajo que deberá ser certificado por Asesores en Derecho S.A.S. conforme a la asignación básica más el valor de la prima, alimentación y alojamiento, horas extras, viáticos y suplementos, prima de servicios. y las primas extralegales de servicio, estas últimas en atención a estudio que hizo la Corte Suprema de Justicia en fallo del 16 de agosto de 1973, mediante el cual se homologó el laudo arbitral de 1971 con ponencia del Doctor Jorge Gaviria Salazar.

Ahora, para la elaboración del cálculo actuarial a cargo de Retramar S.A.S., se tomará como salario de referencia de \$3.719.516, pactado por las partes de conformidad con el contrato de trabajo de folio 1.351.

Con todo, para determinar el salario de referencia para establecer el monto de cada uno de los cálculos actuariales habrá de tenerse en cuenta los salarios determinados en las tablas que establecían el salario base máximo asegurable para la época, tal y como lo prevé el Decreto 2610 de 1989, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación n.º 25608 del 16 marzo de 2006, señaló que *“el ISS tenía la potestad de agrupar a los asegurados en categorías, según la remuneración y asignar a ellas un salario de base asegurables, que serviría de soporte para el monto de las cotizaciones y prestaciones en dinero que derivaran de ellas”*.

Paralelamente, en sentencia SL5216-18, concluyó que:

“En relación con el primero, de entrada manifiesta la Corte que no encuentra error jurídico en el proveído impugnado, puesto que el artículo 37 del Decreto 3041 de 1966, facultó al Instituto de Seguros Sociales, para determinar los salarios máximos asegurables y las categorías a tener en cuenta en el momento del pago de las cotizaciones, contexto en el cual, en el Acuerdo 01 de 1979, aprobado por el Decreto 3090 de ese mismo año, estableció que el salario diario máximo asegurable era de \$2.530; en el Acuerdo 08 de 1982, aprobado por el Decreto 2630 de 1983, se fijó la suma de \$5.434 diarios y, en el artículo 2º del Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 de ese mismo año, vigente para el año 1992, señaló la suma de \$22.169, esto es, \$665.070 mensuales, como lo señaló el Tribunal.”

En consecuencia, la sentencia de primera instancia debe ser modificada, como quiera que el *a quo* ordenó a Colpensiones a liquidar el cálculo actuarial por los tiempos de servicios a la Flota Mercante teniendo en cuenta los salarios devengados por el accionante en las diferentes anualidades, lo que resulta equivocado toda vez que el cálculo actuarial se debe establecer con base en el salario de referencia, que como se dijo es el devengado a al finalizar el vínculo laboral en junio del año 1990.

Ahora, ha de tenerse en cuenta que como el salario percibido por el demandante al servicio de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante fue pactado en moneda extranjera no procede la indexación,

pues como ha enseñado la Corte Suprema de Justicia “*si se acuerda la remuneración en una moneda fuerte como el dólar americano no es viable su indexación, a diferencia del pacto salarial en moneda nacional, cuya devaluación constante la hace objeto de dicha actualización*” (SL 3573-2020).

De otro lado, conviene señalar que en casos como el que ocupa la atención de la Sala en los que se comprueba la falta de afiliación del trabajador, no por la omisión del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio, estos lapsos de no afiliación por falta de cobertura deben estar a cargo del empleador, por permanecer a su cargo el riesgo pensional. Así las cosas, no hay lugar a ordenar el pago únicamente de la fracción a cargo del empleador, por lo que la sentencia analizada será modificada en este punto.

Sobre el punto, la Corte suprema de Justicia en sentencia SL 4334 de 2019, señaló:

“En efecto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada ha adoctrinado que el empleador, que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente para el reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL173002014, SJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019 y CSJ SL1342-2019)”.

Asimismo, debe señalarse que el cálculo actuarial no puede corresponder a las semanas que hacen falta al accionante para acceder a la pensión, calculado con base en el salario mínimo legal mensual vigente, pues el derecho del actor no puede verse afectado por la falta de cotización del empleador en tiempos en los que como se dijo debía realizar las reservas correspondientes.

5. De la elaboración del cálculo actuarial

Al punto, basta señalar que de conformidad con el inciso 2º del literal e). del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cálculo actuarial o título pensional debe ser recibido a satisfacción de la administradora. En consecuencia, es dable que Colpensiones sea la llamada a determinar con base en el Decreto 1887 de 1994, el valor del cálculo actuarial reconocido en virtud de este proceso.

Se advierte que al contestar la demanda Colpensiones no refutó que el promotor del juicio se encontrara afiliado a dicha entidad, es más, allegó reporte de semanas cotizadas actualizado al 19 de agosto de 2017 (f.º 872 a 876), que da cuenta que entre el 1º de diciembre de 1996 y el 31 de julio de 2017, el accionante ha efectuado aportes a Colpensiones por 775.38 semanas. bajo ese panorama, es a satisfacción de esta entidad, a la cual se encuentra afiliado el demandante, que debe ser cancelado el cálculo actuarial.

A efectos de determinar el cálculo por el tiempo de servicios prestados a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, Asesores en Derecho S.A.S, deberá remitir la documental necesaria a fin de establecer el salario de referencia, dado que al contestar el libelo introductorio esta demandada confesó que en virtud del contrato de mandato n.º 9264-001-2014 suscrito el 21 de agosto de 2014 con Fiduprevisora S.A., mediante el cual se le designó como mandataria con representación PANFLOTA, se consagraron las siguientes funciones:

*“Expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los **extrabajadores de la CIFM S.A.** liquidada y sus beneficiarios si los hubiere con cargo al Patrimonio PANFLOTA UNA VEZ LA federación nacional DE Cafeteros gire los respectivos recursos en cumplimiento de la sentencia SU-1023 de 2001 proferida por la Corte Constitucional. ”(Negrilla fuera del texto).*

Así las cosas, como quiera que el cálculo actuarial sin duda se constituye en un trámite pensional de un extrabajador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, es Asesores en Derecho S.A.S. quien

debe remitir la información necesaria para que Colpensiones elabore el cálculo actuarial aquí ordenado.

Se precisa que dentro de las funciones de Asesores en Derecho S.A.S, no está el pago del pasivo pensional de los trabajadores de la Flota Mercante, sino únicamente la de expedir el acto administrativo de reconocimiento cómo quedó antes señalado, por lo que se absolverá a esta demandada del pago del referido cálculo, tal como solicitó al interponer recurso de apelación.

6. Del recurso de apelación de Fiduprevisora S.A.

6.1 Del pago del cálculo actuarial

Pasa ahora el Tribunal a estudiar el recurso de apelación formulado por Fiduciaria La Previsora S.A., en el que solicita se revoque la sentencia en cuanto le impuso la obligación de realizar el pago directo del cálculo actuarial.

Al respecto, resulta oportuno señalar que a través del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de Pagos 3-1-0138 celebrado el 14 de febrero de 2006 (fls. 796 a 804), la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. constituyó el Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA, cuyo objeto es la administración de tales recursos por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A., y su destinación al pago de las mesadas pensionales a cargo de la Compañía De Inversiones en los siguientes términos:

“El objeto del presente contrato es la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO Por parte de la fiduciaria el cual se denominará Fideicomiso “PANFLOTA” con los recursos y bienes que le sean transferidos por el FIDEICOMITENTE al momento de la celebración del presente contrato, y los recursos que posteriormente le sean transferidos acorde con lo descrito en el presente contrato, con el fin de que la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre la contingencias jurídicas que le sean entregadas, y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos (...)

Adicionalmente, conviene señalar que dicho objeto fue modificado por el otro número 1, en cuanto señaló que dicho patrimonio autónomo también estaría destinado al pago de aportes de salud a las EPS.

De lo anterior, se establece que la finalidad del contrato de fiducia es la administración de los recursos y la destinación de estos al pago de las mesadas pensionales, así como el pago de los aportes a las EPS a cargo de la Compañía De Inversiones De La Flota Mercante S.A. en liquidación. Por tal motivo, le asiste razón al recurrente en tanto que el objeto contractual no incluye el pago de cálculos actuariales ordenado por el *a quo*.

Al amparo de las anteriores reflexiones, es improcedente la condena impuesta por el juez de primera instancia, pues va más allá del objeto contractual y en manera alguna puede desconocerse que la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café en virtud de la responsabilidad previamente definida, por ser la controlante o matriz de la extinta Flota Mercante, es la llamada a responder por el cálculo actuarial ordenado en el presente proceso, tal y como se dispuso en la sentencia SU-1023 de 2001.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia será revocada en cuanto condenó a la Fiduciaria La Previsora S.A. a pagar el cálculo actuarial, para en su lugar, absolver a esta demandada de la condena impuesta y se condenará a la Federación Nacional de Cafeteros a trasladar el valor del cálculo actuarial de los aportes pensionales del demandante, con destino y a satisfacción de Colpensiones.

7. Del recurso de apelación de la Federación Nacional de Cafeteros

Sobre el particular, precisa la Sala que los argumentos de apelación expuestos por esta demanda relacionados con la interpretación que el *a quo* realizó de la presunción prevista en el artículo 148 de la ley 222 de

1995, sobre la responsabilidad subsidiaria de esta entidad y respecto de la determinación del cálculo actuarial, así como el porcentaje del mismo a cargo del trabajador, ya fueron abordados ampliamente al analizar la decisión en grado de consulta, por lo que la Sala se releva de estudiarlos ahora.

8. Del recurso de apelación de Asesores en Derecho S.A.S

Solicitó esta demandada revocar la condena mediante la cual se le impuso la obligación de pagar el cálculo actuarial, asunto que ya fue abordado y definido por la Sala en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia en este punto.

9. Del recurso de apelación de Retramar S.A.S

Los argumentos expuestos por esta accionada relacionados con el periodo en que el demandante prestó servicios a las embarcaciones POLLUX y SAGALA, ya fueron definidos, lo que conllevó a revocar la decisión de primera instancia en cuanto ordenó a esta enjuiciada pagar el cálculo actuarial correspondiente al periodo correspondientes a agosto, septiembre, octubre y noviembre de 1998.

Igualmente, ya se definió que el derecho al pago del cálculo actuarial es imprescriptible, por lo que sobre este punto de apelación no volverá a referirse el Tribunal.

10. Del recurso de apelación de la parte demandante

10.1 Del tiempo de servicios a la Armada Nacional

Argumenta en primer término que en el expediente obra prueba n.º 45, correspondiente al bono pensional expedido por el Ministerio de Defensa por lo que este tiempo debe ser tenido en cuenta para efectos de pensión. Precisó que mientras se desempeñó como cadete, cumplió las mismas funciones que en el servicio militar obligatorio, porque cuidaba al

Presidente de la República o cargaba un fusil, lo cual es connatural al servicio militar obligatorio.

Al punto, encuentra la Sala que la parte demandante allegó certificado de información laboral n.º 69720-21 del 21 de julio de 2015, según el cual el señor Miguel Antonio Veloza Arias, estuvo vinculado a la Armada Nacional como cadete a partir de 10 de enero de 1972 hasta el 1º de diciembre de 1975 (f.º 569 a 571).

Ahora, resulta oportuno señalar que la Ley 48 de 1993, *«por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización»*, estableció en el literal a) del artículo 40 como uno de los derechos para quien haya prestado el servicio militar obligatorio que - las entidades del Estado de cualquier orden - ese tiempo *«le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley»*.

Igualmente, ha de precisarse que el artículo 101 del Decreto 1950 de 1973 mediante el cual se reglamentaron los Decretos 2400 y 3074 de 1968, dispuso que *–“El tiempo de servicio militar será tenido en cuenta para efectos de cesantía, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley”*. Ahora, la Ley 48 de 1993 estableció una serie de beneficios y privilegios para quienes presten el servicio militar obligatorio, con el propósito de estimular e incentivar el cumplimiento de ese deber ciudadano, al disponer en su artículo 40 que este tiempo sería computado para efectos de reconocer la pensión de jubilación o vejez e incluso para la de Invalidez y sobrevivencia (CSJ SL11188-2016).

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3110-2020 precisó:

“Para arribar a dicha conclusión, la Sala sostiene que aquellos tiempos de servicios, de especial consideración constitucional en razón de la importancia que reviste para la defensa de la independencia del Estado, su soberanía y el mantenimiento de la sociedad organizada, tiene una connotación claramente pública, esto es, de servicio público

y, por tal razón, deben contabilizarse a efectos de verificar la densidad de semanas requeridas para acceder a los derechos pensionales, tal como lo prevé el literal a) del artículo 40 del Ley 48 de 1993.”

En esa dirección, estima la Sala que en el asunto bajo examen no es procedente tomar en consideración el tiempo en que el promotor prestó su servicios a la Armada Nacional como servicio militar obligatorio, pues tal calidad no se demuestra con los documentos allegados a folios 568 a 571 y no puede presumirse como se alega en la apelación por hechos que tampoco están probados, como portar un fusil o tener a cargo la seguridad del Presidente de la República, los cuales en todo caso hacen parte del personal vinculado a las fuerzas militares.

Con todo, en el evento en que se hubiere certificado que el tiempo de servicios correspondió al servicio militar obligatorio, estima el Tribunal no habría lugar condenar a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar el bono pensional correspondiente como se petitiona en la pretensión octava principal del libelo introductorio, pues el responsable de pagar dicho valor es la Nación Ministerio de Defensa Nacional, quien certifica y responde por el periodo, según información contenida en las casillas 30 a 33 el certificado obrante en el expediente y **que no fue demandada en el presente proceso**. En consecuencia, no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia, pero por las razones que se acaban de exponer.

10.2 Del salario de referencia

Argumentó que el cálculo actuarial se debe determinar cómo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, con base en el último devengado, porque así se hacen las operaciones matemáticas mes a mes, de lo contrario se desfaltaría a Colpensiones. Igualmente, enlistó los factores constitutivos de dicho salario, asuntos sobre los cuales ya se pronunció la Sala al atender la decisión en grado de consulta por lo que se omite pronunciamiento alguno.

10.3 De la pensión

Arguyó la parte demandante que al contar con 1.405 semanas tiene derecho al reconocimiento de la pensión como beneficiario del régimen de transición, en aplicación del Decreto 758 de 1990, a partir de mayo de 2012, junto con los intereses moratorios y la indexación. Preciso que en este caso no se configura la petición antes de tiempo, pues así lo ha concluido la Corte Suprema de Justicia en casos similares

Al respecto, basta a la Sala con señalar que para alcanzar el derecho pensional se hace necesario que los empleadores o quien hagan sus veces trasladen el valor del título pensional a Colpensiones, pues es *es precisamente el traslado del cálculo actuarial el que permite la consolidación del derecho a cargo de la entidad de seguridad social.* (SL 3661-2020).

En ese horizonte, Colpensiones no está llamada a reconocer la pensión desde ahora, pues hasta que no se verifique el pago de los respectivos cálculos, resulta claro que los empleadores no subrogan sus obligaciones en esta entidad, la cual no esta llamada a responder como si tratara de un asunto en el cual actuó de manera negligente y no realizó el cobro de aportes en mora, pues como esta ampliamente explicado lo que sucedió en este caso es que en relación con el periodo en que el accionante prestó sus servicios a la Flota Mercante no había llamamiento para las empresas del sector por parte del Instituto de Seguros Sociales y respecto del periodo en que el accionante prestó servicios a bordo de la embarcación SAGALA el empleador no reportó la novedad de ingreso del trabajador. En consecuencia, no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia en este punto.

10.4 De la responsabilidad de la Nación

Arguyó la parte accionante en otro punto de apelación que la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe ser condenada a reconocer el cálculo actuarial, pues en virtud de la Ley 4 de 1962, el Estado Colombiano se obligó a que todos los remanentes que quedaran de la

relación de la Federación Nacional como administradora del Fondo Nacional del Café, al ser el Estado dueño de la Flota.

Aquí resulta suficiente señalar que la Sala de Consulta y Servicio Civil en decisión del 15 de febrero de 2001, indicó que el Estado estaría llamado a responder para garantizar los derechos de los pensionados, en el eventual caso que la entidad se encontrara en imposibilidad de cumplir y no existiera un medio efectivo para garantizar el pago.

No obstante, la situación allí descrita, no se configura en el asunto bajo examen, pues la Federación Nacional de Cafeteros es una entidad autónoma con la responsabilidad de asumir subsidiariamente las condenas impuestas a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A, ello como quiera que no logró desvirtuar la presunción legal analizada al surtir el grado de consulta. En consecuencia, no hay lugar a imponer condena alguna a la Nación por lo que la sentencia apelada no será modificada en este punto.

10.5 De la cuantificación de la condena en costas

Refiere que **las costas** deben ser impuestas a todas las demandadas vencidas, algunas de las cuales dilataron el proceso injustificadamente, por ello, deben aplicarse los porcentajes establecidos por el Consejo de Estado para imponer las costas.

Al respecto, se considera que de conformidad con los numerales 4 a 6 del artículo 366 del Código General del Proceso, la liquidación de costas una vez elaborada por el secretario quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla. Así las cosas, resulta evidente que no es esta la oportunidad procesal para objetar la fijación de agencias en derecho que hiciera el juzgado, por lo que la Sala se releva de dicho estudio.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado de consulta en favor de Colpensiones y en todo caso, atendidos los

argumentos de apelación expuestos por las partes, la Sala modificará la decisión en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, ni en la apelación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de enero de 2020, **únicamente** en cuanto condenó a RETRAMAR S.A.S. de pagar cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 1º de agosto y el 1º de diciembre de 1998, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de responder por este periodo en el cual se efectuaron aportes directamente a Colpensiones.

SEGUNDO: ADICIONAR el fallo apelado, en el sentido de **CONDENAR** a Asesores en Derecho S.A.S a remitir a Colpensiones, la certificación de salarios devengados por el accionante con discriminación de todos los factores legales y extralegales que lo componen, a efectos de determinar el salario de referencia que servirá de base para establecer el valor del cálculo actuarial, como se esbozó en la parte considerativa.

TERCERO: MODIFICAR el punto tercero del fallo apelado, en el sentido de indicar que para efectos de establecer el valor del cálculo actuarial a cargo de Retramar S.A.S., el salario de referencia es la suma de \$3.519.316 y, para el cálculo actuarial correspondiente al periodo de tiempo en el cual se prestaron los servicios a la Flota Mercante se tomará en cuenta el último salario devengado con la inclusión de todos los factores legales y extralegales que lo componen, certificado por Asesores en

Derecho S.A.S.. El cálculo se realizará sin descontar porcentaje alguno a cargo del demandante. En todo caso, Colpensiones deberá tener en cuenta los máximos asegurables para la época tal como se indicó en la parte motiva. Ahora, como quiera que el salario fue pactado en moneda extranjera no habrá lugar a la indexación. Además, deberá tomar en consideración para todos los efectos que la vinculación laboral entre el demandante y la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante presentó 346 días de interrupción por licencias no remuneradas por lo que deben ser descontados del tiempo laborado.

CUARTO: REVOCAR el numeral quinto del fallo apelado en cuanto condenó a Asesores en Derecho S.A.S. y a la Fiduciaria La Previsora S.A. a pagar el cálculo actuarial, para en su lugar, absolverlas de esta condena.

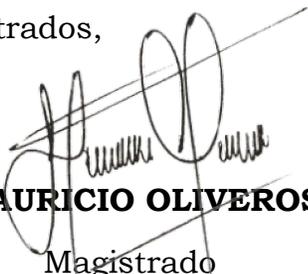
QUINTO: MODIFICAR el numeral sexto del fallo apelado, el cual quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, a trasladar el valor del cálculo actuarial de los aportes pensionales del demandante por el período comprendido entre el 19 de enero de 1976 y el 3 de febrero de la misma anualidad y desde el 6 de febrero de 1976 al 6 de junio de 1990, con destino y a satisfacción de Colpensiones.

SEXTO: CONFIRMAR en los demás el fallo consultado y apelado.

SÉTIMO: Sin COSTAS en la consulta, ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'David A. J. Correa Steer', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ángela Lucía Murillo Varón', written over a horizontal line.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2019 00321 01
DEMANDANTE: FABIO MAURICIO MONTEALEGRE BELTRÁN.
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

Conforme al memorial de folio 154, se tiene como apoderado judicial de la UGPP al Dr. FRNANDO ROMERO MELO identificado con Cedula de ciudadanía No 80.927.634 y T.P. No. 330.433 del C.S. de la J., según sustitución dada por el Dr. SANTIAGO MARTÍNEZ DEBIA identificado con Cedula de ciudadanía número 80.240.657 y T.P. No. 131.064 del C.S. de la J., quien funge como apoderado general de la demandada, según Escritura Pública No. 603 de 12 de febrero de 2020 (f.º 156 a 163).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de noviembre de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer la pensión plena de jubilación a partir del 26 de enero de 2017, fecha en que cumplió 55 años, debidamente indexada desde el momento en que se produjo el despido hasta que se reconozca la prestación y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 15 de marzo de 1978 y el 27 de junio de 1999, por espacio de 21 años y 103 días; que el empleador finalizó el vínculo el 27 de junio de 1999 sin que mediara justa causa. Refirió que percibió como último salario la suma de \$992.923 (f.º 3 a 8).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la designación que mediante Decreto 2842 de 6 de diciembre de 2013, el Gobierno Nacional hizo a la UGPP para que continuara con el reconocimiento y administración de la pensión de los empleados de la Caja Agraria. Respeto de los demás, manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, la buena fe, prescripción, compartibilidad de la pensión y las demás declarables de oficio (f.º 133 a 139).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de noviembre de 2019, condenó a la UGPP a reconocer y pagar al demandante pensión de jubilación convencional prevista en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario, a partir de 26 de enero de 2017 en cuantía inicial de \$2.820.521, a razón de 14 mesadas al año. Igualmente, dispuso el pago del retroactivo causado hasta noviembre de 2019, en la suma de \$108.833.671 y a pagar las costas del proceso (f.º 150).

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante logró acreditar los requisitos previstos en la norma convencional para acceder al derecho pensional, el cual se causó una vez se produjo el retiro de la

entidad, por lo que no le son aplicable las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, toda vez que en virtud del I Acto Legislativo 01 de 2005, la norma convencional perdió vigencia.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el actor tiene de derecho al reconocimiento de pensión prevista en la convención colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario, vigente para los años 1998 – 1999.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 15 de marzo de 1978 hasta el 27 de junio de 1999, pues tal circunstancia fue certificada por el Ministerio De Agricultura y Desarrollo Rural como consta a folio 11 y, **ii)** nació el 26 de enero de 1962, por lo que cumplió 55 años el 26 de enero de 2017, según consta en copia de cédula de ciudadanía de folio 18.

En relación con las pensiones convencionales, recuerda la Sala que el Acto Legislativo n.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispuso en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de vigencia del mismo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso el Acto Legislativo, que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

Lo anterior implica que, a partir del 31 de julio de 2010, perdieron vigencia todas las normas convencionales, de laudos arbitrales o acuerdos, que contenían condiciones pensionales más favorables que las previstas en la ley. Ahora bien, la referida enmienda constitucional no modifica, ni desconoce los derechos adquiridos con anterioridad a su entrada en vigor (CSJ SL 2540 de 2020).

En el presente caso, la norma convencional sobre la cual edifica el actor la prestación señala que:

“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. “A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios”

Por su parte, el párrafo 1º del mismo precepto extralegal, dispone que:

“PARAGRAFO 1. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 años si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre

que haya cumplido el requisito de (20) años de servicios a la Institución».

En el presente asunto, según se lee en certificado de folio 17, el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 15 de marzo de 1978 hasta el 27 de junio de 1999, esto es, por más de 20 años, ahora al nacer el 26 de enero de 1962 (f.º 18 copia cédula de ciudadanía), se constata que alcanzó la edad de 55 años el 26 de enero de 2017. En consecuencia, el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento de la prestación convencional deprecada.

Resulta pertinente destacar que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de señalar que para el reconocimiento de la pensión reclamada en este proceso, el requisito de causación del derecho es el tiempo de servicios prestados y que el cumplimiento de la edad es simplemente un requisito para la exigibilidad del pago, así lo refirió al resolver casos de contornos similares la presente, en sentencias SL289-2018, SL 526 de 2018, SL3197-2018.

Por esa razón, se concluye tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, que el demandante adquiere el derecho a la pensión en la fecha en que termina su contrato de trabajo con más de 20 años de servicios, lo cual, lo estructuró el 27 de junio de 1999. Por tal motivo, la derogatoria prevista en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, no afecta el derecho de la demandante, tampoco lo hizo el Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien el accionante llega a la edad de 55 años el 26 de enero de 2017, para esta época ya contaba con un derecho adquirido.

Ahora, a folio 11 del expediente, fue allegada certificación emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que da cuenta de los factores salariales convencionales devengados por el actor durante el último año de servicio; realizadas las validaciones correspondientes con la ayuda del liquidador designado para esta Sala, cuyo trabajo se incorpora y hace parte de la presente providencia se puede determinar que en aplicación de lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 41 de la norma

convencional, es decir, con la inclusión de todos los factores fijos y variables certificados, el promedio para calcular la pensión asciende a \$1.471.156, que al aplicarle la tasa de remplazo del 75% prevista en la convención, arroja como mesada para el año 1999, la suma de \$1.103.367.

Conviene anotar que en el presente caso no se discute que el demandante prestó sus servicios personales a la Caja De Crédito Agrario Industrial y Minero hasta el 27 de junio de 1999 (f.º 11), además que la pensión que se reconoce corresponde al 75% de promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Por tal motivo, entre el momento en que se retiró el promotor del juicio y aquel en el que le se hizo exigible la prestación - 26 de enero de 2017 -, transcurrió un periodo de tiempo considerable, en el que la moneda por efectos del paso del tiempo ha perdido valor adquisitivo, por lo que debe indexarse el valor de la primera mesada entre el momento en el que se produjo el retiro de la entidad y el momento en que se hizo exigible la prestación convencional.

Lo anterior, en aplicación a lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL736-2013, reiterada en SL1144-2020, según la cual todas las pensiones deben ser indexadas, pues la corrección del valor del dinero no es un hecho jurídico sino económico, pues depende de la política monetaria y de las leyes del mercado, las que afectan por igual a todas las pensiones, por lo que su reconocimiento no es más que una consecuencia de la aplicación de los principios de justicia, equidad e igualdad.

En ese orden de ideas, una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes con la ayuda del liquidador designado para esta Sala, se establece que la mesada para el año 2017 asciende a \$2.820.531, esto es, una suma superior a la determinada por la jueza de conocimiento, que lo fue de \$2.820.521, por lo que el fallo consultado será confirmado en este punto, dado que la parte accionante no interpuso recurso de apelación.

Indexación Salario						
Año Inicial	Año final	Salario	IPC Inicial	IPC Final	Factor Indexaci.	Salario
1999	2017	\$ 1.471.156	52,185	133.400	2,556	\$3.760.708,47

Mesada Pensional 2011		
Ingreso Base Liquidación 2017		\$3.760.708,47
Porcentaje aplicado		75%
Primera mesada		\$2.820.531
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2017	\$737.717

La mesada pensional determinada, deberá ser incrementada año a año con los reajustes legales correspondientes y se pagará a razón de 14 mesadas al año como acertadamente concluyó el juzgado de conocimiento, pues el derecho no se ve afectado por la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Como quiera que el promotor del juicio no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las mesadas pensionales, desde que cada una de ellas se hizo exigible y hasta que concurra con el pago de la obligación, tal como dispuso la jueza del conocimiento.

Estima la Sala que como quiera que el retroactivo pensional continuará causándose, las mesadas deben ser indexadas y la entidad debe aplicar los descuentos correspondientes al sistema de salud, resulta infundado establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia. Para el efecto, se debe tener como mesada pensional para el año 2017 la suma de \$2.820.531; el 2018 el rubro de \$2.935.890, el 2019 el valor de \$3.029.252 y para el año 2020 la mesada pensional asciende a \$3.144.363.

Es oportuno señalar que en el asunto bajo examen no operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 26 de enero de 2017, el demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 26 de diciembre de 2018 (f.º 22), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 30 de abril de 2019.

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea trasferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (**SL2376-2018**) y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Finalmente, no pasa por alto el Tribunal que la demandada invocó dentro de los medios exceptivos el de la compartibilidad de la pensión, no obstante, no aportó al proceso ningún medio probatorio que permitiera concluir que con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo la entidad continuó con los aportes al sistema de pensiones a fin de compartir la pensión ahora reconocida.

De conformidad con las anteriores consideraciones, surtido el grado de jurisdicción de consulta en favor de la entidad y, en todo caso, atendido el argumento de apelación, la Sala modificará la decisión analizada.

No se causan costas en el grado de jurisdicción, ni en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2019, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la demandada deberá cancelar debidamente indexado el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas a partir del 26 de enero de 2017 y hasta que se verifique la inclusión de la novedad en nómina de pensionados, teniendo para el efecto, como valor de mesada pensional para el año 2017 la suma de \$2.820.531; el 2018 el rubro de \$2.935.890, el 2019 el valor de \$3.029.252 y para el año 2020 la mesada pensional asciende a \$3.144.363. Se autoriza a la demandada a descontar de las mesadas pensionales el valor correspondiente a las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, el cual deberá ser transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el fallo consultado.

CUARTO: Sin COSTAS en el grado jurisdiccional, ni en la apelación ante su no causación.

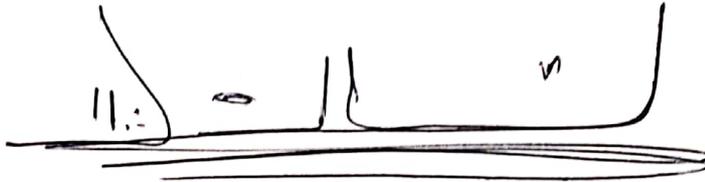
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 28.2019-321