



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

**DR. DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **ANA VICTORIA MEJÍA PÉREZ** en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**

**EXP. 11001 31 05 017 2017 00661 01**

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL7833-2020, y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad porque Colfondos S.A. no proporcionó una debida información al momento de su traslado acerca de los riesgos y sus desventajas; en

consecuencia, se condene a Colfondos a trasladar los aportes cotizados al régimen de prima media con prestación definida (f.º 2, 3).

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al ISS desde el 15 de febrero de 1982; aportó un total de 455,29 semanas; el 30 de julio de 1999 se afilió a Colfondos S.A. sin que se le informara que el monto de la pensión proyectada no guardaba relación con lo que recibiría en el I.S.S., ni teniendo en cuenta el valor del bono pensional, las desventajas de trasladarse de régimen, ni que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes de cumplir los 47 años y al contrario se le entregó información de manera sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado, con la información de que el I.S.S. se iba acabar, y que se podría pensionar a cualquier edad.

Sostuvo, que el 12 de mayo de 2017, solicitó a Colfondos S.A. la invalidación de afiliación, petición que fue rechazada el 6 de junio de 2017 por insuficientes elementos de juicio, y a su vez radicó formulario de traslado de régimen a Colpensiones pero obtuvo respuesta negativa ese mismo día; hoy en día se encuentra afiliada a Colfondos S.A. y cuenta con más de 1.350 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones (f.º 3-6).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de noviembre de 2017, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 47). En auto proferido dentro de audiencia celebrada el 24 de julio de 2018 se ordenó integrar a Colpensiones (f.º 104-108).

**Colfondos SA**, se opuso aduciendo que la demandante se afilió libre y espontáneamente y no propuso excepciones en su defensa (f.º 76-90).

**Colpensiones**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 110-130).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 137).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 8 de julio de 2019, declaró no aprobadas las excepciones de inexistencia de la obligación y de prescripción propuestas por Colpensiones; declaró que la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS por Colfondos S.A. fue infecaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró que la demandante se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y que dicha entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad; ordenó a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores relacionados a cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiera lugar, con todos sus frutos y rendimientos; ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de fondos y convalidarlos en su historia laboral y condenó en costas a las demandadas.

En lo que interesa a la alzada, consideró que no se acreditó por parte de las demandadas, teniendo la carga procesal de hacerlo, cuál fue la asesoría brindada a la demandante para que tomara la decisión

de trasladarse del RPMPD al RAIS, por ende, no se tiene certeza de que la misma haya sido completa, ni que se cumplió con el deber legal de información, así que también existió un vicio en el consentimiento, por no contar con la suficiente documentación respecto de su afiliación; adujo que si el derecho a la pensión es imprescriptible, igual debe ocurrir con lo referente a la nulidad del traslado (f.º 155-159).

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**Colpensiones**, apeló con el argumento de que dentro del proceso no fue demandada inicial, por lo que no puede ser condenada en costas, de modo que tampoco tiene conocimiento de las situaciones específicas por las cuales la demandante pudo haber realizado el traslado de régimen.

#### **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, con el fin de establecer si es viable declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad en los términos establecidos en la sentencia STL7833-2020, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 30 de junio de 2020, por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en

sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

*«(...) [E]sta Sala desde el año 2008 ha venido decantando una línea de pensamiento que postula la necesidad del cumplimiento idóneo del deber de información de parte de la administradora de pensiones para validar el cambio de régimen pensional (sentencia radicación 31989 de 9 de septiembre de 2008), deber de información que hoy es claro no se suple con el simple hecho de llenar o suscribir un formulario de inscripción, registro o afiliación al nuevo régimen pensional, y doctrina que ha ido ampliándose hasta llegar, entre otras, a la sentencia de casación CSJ SL4426-2019, en la cual en su momento precisó que (i) la suscripción del formulario de vinculación en modo alguno podía entenderse como un consentimiento informado; (ii) la carga probatoria atribuida al afiliado de acreditar que su vinculación al fondo privado de pensiones fue producto de engaño era una inversión desequilibrada de las obligaciones procesales; (iii) la procedencia de la ineficacia no depende de que se compruebe la intención de retornar al régimen público de pensiones dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional; y (iv) no es ineludible que el afiliado pertenezca al régimen de transición.*

*(...) [L]a consecuencia jurídica de sostener en la demanda que la información recibida fue nula o lo fue, pero no en el grado de suficiencia para los efectos perseguidos, debe leerse en perjuicio del afiliado, no guarda simetría con el deber de información y carga de su prueba que a ese respecto compete asumir a la administradora de riesgos; o la de que el artículo 1604 del Código Civil no es susceptible de un juicio de adecuación a la posición del afiliado en frente de la dicha administradora cuando ésta logra el traslado de régimen pensional que perjudica a la postre los intereses de aquél, porque no se está ante una relación contractual, cuando quiera que la relación jurídica de afiliación es precisamente creadora de una situación jurídica de la cual es que se derivan –en conjunto con la relación jurídica de cotización– las obligaciones del sistema ante la ocurrencia de las diversas contingencias causa material del derecho pensional; o la de que el principio de la realidad sobre las formas no resulta aplicable a la suscripción de los formularios de afiliación, por cuanto la mera suscripción del documento es reflejo de un consentimiento pleno y eficazmente informado, cuando quiera que el dicho principio nutre toda la teleología de relaciones de subordinación o adhesión como las del trabajo y de la seguridad social, no pueden tener cabida para derruir la premisa del derecho social de que todo lo que sea contrario a la normativa deviene en ineficaz. (...)» Texto entre corchetes de la Sala.*

Además, la Alta Corporación hizo referencia a las sentencias CSJ SL, 09 sep. 2008 rad. 31989, reiterada en SL, 9 sep. 2008 rad. 31314, SL, 22 nov. 2011 rad. 33083, la SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, la SL17595-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1452-2019 SL 1688-2019, SL 1689-2029 y SL3463-2019.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado que: **i)** la demandante nació el 8 de noviembre de 1959 (f.º 19); **ii)** cotizó al extinto I.S.S. entre el 15 de febrero de 1982 hasta el 31 de julio de 2001, 455.29 semanas (f.º 31); **iii)** que el 30 de julio de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos SA (f.º 30, 91), a la que actualmente se encuentra vinculada; **iv)** que ha efectuado cotizaciones a Colfondos S.A. por un tiempo equivalente a 1791.14 semanas (f.º de f.º 41-46, 92-94); y **v)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual de parte de Colfondos S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional.

En consecuencia, se **confirma** la sentencia de primera instancia. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia  
y por autoridad de la Ley,

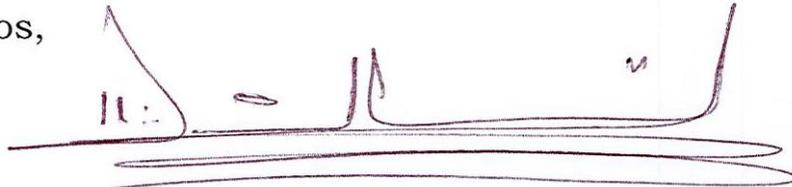
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, de  
acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

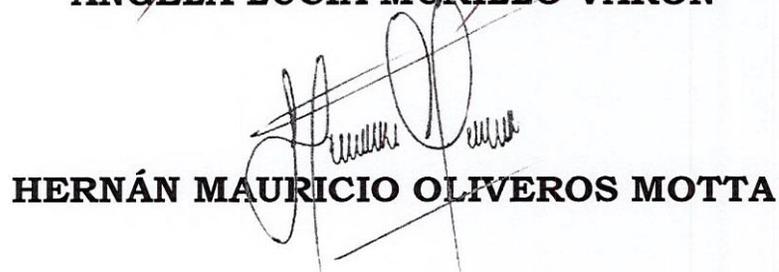
Los Magistrados,

A handwritten signature in red ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', with a horizontal line underneath.

**DAVID A. J. CORREA STEER**

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

**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hernán Mauricio Oliveros Motta', with a horizontal line underneath.

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**



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

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **MISAEAL PALMA** contra **COLPENSIONES, ASESORES EN DERECHO S.A.S, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.,** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

**EXP. 11001 31 05 036 2016 00122 01.**

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

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara la protección de su derecho a la seguridad social; que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que cumplió todos los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de vejez por aportes, a partir del 28 de septiembre de 2008, y que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombia S.A.

Consecuencialmente, que se condenara a Asesores en Derecho S.A.S., a expedirle la Resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en dicha compañía; a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del Patrimonio autónomo PANFLOTA a pagar a COLPENSIONES el título pensional o cálculo actuarial, por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; a tener en cuenta el tiempo laborado por el actor en dicha empresa., y al reconocimiento de la pensión de vejez desde el 28 de septiembre de 2008; a todas las demandadas a pagarle los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el cual se estima en cien (100) S.M.M.L.V, los intereses de mora y las costas del proceso.

Subsidiariamente, que se declarara la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., de las obligaciones pensionales en favor del demandante. En consecuencia, se le condenara a la Federación a pagarle a COLPENSIONES el título pensional o cálculo

actuarial que le corresponde, por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A, o que se declara la responsabilidad subsidiaria de la Nación – Ministerio De Hacienda y Crédito Público como titular jurídico de la Cuenta – Fondo Nacional del Café de las obligaciones pensionales a favor del demandante, y se le condenara a pagarle el titulo pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A.

Para el efecto, manifestó que tiene 67 años de edad, que laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A., mediante contrato a término indefinido desde el 27 de agosto de 1977 hasta el 19 de enero de 1971; que dicha compañía no efectuó los aportes pensionales por el periodo referido; que era miembro del Sindicato Unión de Trabajadores de la Industria de Transporte Marítimo y Fluvial – UNIMAR, con el cual la compañía suscribió la convención colectiva de 21 de mayo de 1988, vigente al momento de su retiro; que el último cargo que desempeñó fue el de ayudante de cocina a bordo de los buques de la Flota Mercante Grancolombiana; que esta afiliado a COLPENSIONES y que es beneficiario del régimen de transición; que para el 29 de julio de 2005 tenía más de 1657.28 semanas cotizadas; que COLPENSIONES no ha reclamado el bono o el cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; que laboró para varias entidades privadas que así lo certificaron, pero que dichos periodos no aparecen reportados en su historia laboral; que solicitó la corrección de su historia laboral, pero que COLPENSIONES le solicitó auto recibo de liquidaciones de pago de las empresas y algunas ya no existen; que el 24 de septiembre de 2009 el actor solicitó su prestación pensional, y que mediante Resolución n.º 100063 de la misma fecha se la negó, la cual fue confirmada mediante las Resoluciones n.º 23092 de 25 de junio de 2012 y n.º 32045 de 28 de septiembre de 2012, y que posteriormente le entidad le negó la pensión en reiteradas ocasiones por lo que

instauró acción de tutela en donde se determinó la violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y se ordenó trasladar el bono pensional de la Flota Mercante Grancolombiana.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 29 de julio de 2016, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 664).

**LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Alegó en su favor que nunca tuvo una relación laboral con el actor. De otro lado, Se refirió a lo establecido en sentencia SU – 1023 de 2001 en donde se señaló que la Federación Nacional de Cafeteros es, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del café, y no dicha entidad como lo afirmó en actor en la demanda (f.º 677 - 679).

Propuso las excepciones de inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda; falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción de los derechos que se reclaman en las pretensiones de la demanda (f.º 689 - 690).

**FIDUCIARIA LA PREVISORA – PREVISORA S.A.**, también se opuso a las pretensiones del actor. Manifestó que como administradora del Patrimonio Autónomo “PANFLOTA” no asumió la posición, ni es el subrogatorio, cesionario o sucesor procesal de la Extinta Compañía Inversiones de la Flota Mercante como lo interpreta el actor en sus pretensiones, y que el vínculo entre ella y la Compañía Flota Mercante es única y exclusivamente contractual, y las obligaciones de la Fiducia emanan del Contrato de Fiducia Mercantil

3-1-0138, y por tanto su capacidad se encuentra enmarcada en el Contrato de Fiducia. Invocó la excepción de inexistencia de la obligación (f.º 833 - 856).

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a todas las pretensiones del actor. Alegó en su favor, que no es beneficiario del régimen de transición por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que tampoco cumple con los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, a partir del 28 de septiembre de 2008; que no puede tener en cuenta el tiempo laborado por el actor en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., ya que conforme al Decreto 758 de 1990, no es posible que se tenga en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez los tiempos cotizados por servicios prestados a entidades públicas, y que no le adeuda intereses de mora por cuanto no se cumplen los requisitos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (f.º 724 - 727).

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, e improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios (f.º 741 - 742).

**ASESORES EN DERECHO S.A.S.** también se opuso a las pretensiones del actor. Indicó que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial, amparado en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, y como consecuencia de ello, el traslado del bono pensional o cálculo a COLPENSIONES, dado que en la fecha en la cual se prestaron los servicios por parte del demandante y a favor de la liquidada, esto es entre el 27 de agosto de 1977 al 15 de agosto de 1990, no existía la obligación legal y forzosa de afiliación para los trabajadores marítimos, máxime si se tiene en cuenta que el I.S.S. solo asumió el riesgo mediante la Resolución n.º

03296 de 2 de agosto de 1990, efectiva a partir del 15 de agosto de la misma anualidad (f.º 754 - 755).

Invocó las excepciones de inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado en sentencia proferida por el Consejo de Estado, inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el I.S.S., no había asumido los riesgos I.V.M., imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (f.º 785 - 787).

**LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, en su calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, se opuso a las pretensiones del actor. Expresó que entre el actor y ella, jamás existió vínculo jurídico alguno o un contacto en virtud del cual se pueda alegar vulneración alguna al derecho a la seguridad social, y que nunca tuvo acceso a los pormenores de su historia laboral, por cuanto nada le consta en cuanto al eventual cumplimiento de requisitos en los términos planteados por el actor (f.º 1164 - 1165).

Propuso las excepciones de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de ella, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, y compensación (f.º 1171 - 1179).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 15 de noviembre de 2019, declaró que entre el demandante y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de agosto de 1977 al 11 de enero de 1991; declaró parcialmente probada de oficio la

excepción de cosa juzgada; ordenó a Asesores en Derecho S.A.S., como mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., que expida el acto administrativo con el cual se reconozca a favor del actor el mayor valor del cálculo actuarial por el tiempo en que aquel no estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, esto es desde el 27 de agosto de 1977 al 14 de agosto de 1990, y advirtió que se deben descotar 184 días de licencia y suspensiones conforme a lo expuesto en la parte motiva; condenó a la Fiduciaria La Previsora S.A en su condición de vocera y administradora y con cargo a los recursos del patrimonio autónomo PLANFLOTA a pagar a COLPENSIONES, el mayor valor del cálculo actuarial referido en el numeral anterior de acuerdo con la liquidación que al efecto realice la entidad de seguridad social y a su entera satisfacción y teniendo en cuenta que ya fue efectuado un pago por el valor de \$312.010.749; Condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café a transferir los recursos para el pago del mayor valor del cálculo actuarial, hasta la concurrencia de sus aportes sociales en la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., y en la medida en que los recursos del patrimonio autónomo PANFLOTA se agoten o resulten insuficientes para satisfacer la obligación; ordenó a COLPENSIONES, que una vez reciba el mayor valor del cálculo actuarial, reliquide la pensión de vejez del demandante; declaró no probadas las excepciones de prescripción, y falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto esta última de la Fiduciaria La Previsora S.A. y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia; absolvió a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las peretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café.

Expresó que no fue objeto de discusión, pues así lo aceptó

Asesores en Derecho S.A.S., como mandataria en representación de la Flota Mercante S.A., que el señor Misael Palma prestó sus servicios a la extinta compañía naviera del 27 de agosto de 1977 al 11 de enero de 1991, mediante un contrato de trabajo.

Sobre la pretensión principal del actor de que sea Asesores en Derecho S.A.S., en calidad de mandataria con representación de la extinta compañía, quien expida la resolución para el bago del bono pensional local actuarial correspondiente al tiempo laborado por el actor en la Flota Mercante S.A., y que de forma concomitante la Fiduprevisora S.A. como vocera del patrimonio autónomo PANFLOTA cancele a COLPPENSIONES dicho título, señaló que se encontraba probada la excepción de cosa juzgada por cuanto se probó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, mediante sentencia de 27 de abril de 2015 (f.º 1538 – 1567) ordenó como mecanismo transitorio que Asesores en Derecho S.A.S., iniciara la actuación administrativa tendiente a determinar la condición de ex trabajador y el tiempo laborado por el señor Misael Palma en la extinta empresa, así como establecer el valor del bono pensional que le correspondía, para luego reportar dicha circunstancia a Fiduciaria – La Previsora S.A. por ser administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, con el fin de que esta transfiriera los recursos a COLPENSIONES como se lee claramente en el f.º 566, anudado el hecho de que dicha decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 3 de septiembre de 2015, por lo que es claro que se le otorgó el carácter de inmutable, definitiva e inmodificable (f.º 1568 - 1585).

Como consecuencia de ello, el despacho limitó el problema jurídico a determinar si había lugar o no a un mayor valor de ese cálculo actuarial ordenado de manera definitiva por el Consejo de Estado, y a establecer la procedencia de la reliquidación de la pensión

de vejez ya reconocida por COLPENSIONES.

Para determinar el salario devengado por el actor, tuvo en cuenta lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo con vigencia de 21 de mayo de 1988 a 20 de mayo de 1991 (f.º 540 - 559), en donde se estableció que el valor del auxilio de alimentación, de alojamiento, y del 75% de los viáticos debía ser computado para el cálculo de prestaciones sociales, así como lo dispuesto en el n.º 3 del ordinal primero de la parte resolutive del laudo arbitral de fecha de junio 16 de 1977 (f.º 501), respecto del reajuste de salarios, en el cual se indicó que la prima de antigüedad hacía parte del salario, y lo establecido en la liquidación final de prestaciones sociales (f.º 561) en donde se incluyó el rubro denominado trabajo ajeno por lo que ante la ausencia de prueba que desvirtuara su carácter salarial lo incluyó dentro del mismo. No obstante, si excluyó el valor del 8.3333% de la prima de servicios, dado que en la liquidación no se incluyó dicho rubro como parte del salario, ni obraba prueba en el expediente que desvirtuara lo anterior, y a lo establecido en el Decreto 1887 de 1994 sobre la metodología para elaborar el cálculo actuarial.

Se refirió a lo dispuesto por la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de que para los trabajadores que prestaron sus servicios para la extinta compañía Inversiones de la Flota Mercante S.A. antes del 31 de marzo de 1994, el cálculo actuarial debe realizarse con el último salario promedio devengado por el trabajador, como es el caso del aquí demandante, y a la metodología establecida en los artículos 3.º y 4.º Decreto 1887 de 1994, para realizar el cálculo, para concluir que el salario promedio devengado durante el último año de servicios fue de \$644.017. Así las cosas, tuvo en cuenta dicha cifra para realizar la reliquidación de la pensión de vejez.

Indicó, que en la Resolución n.° GNB 4 6920 del 12 de enero de 2017, se estableció que el actor era beneficiario del régimen de transición, por lo que se aplicó el Acuerdo 049 de 1990, y se le otorgó la prestación vitalicia desde el 28 de septiembre de 2008, con una tasa de reemplazo del 90% respecto del ingreso base de liquidación para una cuantía inicial de \$1.611.011 (f.° 1548 - 1652). En ese orden, dispuso que se realizara nuevamente el cálculo actuarial conforme al valor que estableció.

Finalmente, señaló que no procedía el pago de intereses moratorios toda vez que el demandante ya está percibiendo su mesada pensional, y conforme a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia no proceden intereses por concepto de diferencias por mesadas pensionales conforme a lo expuesto en las sentencias SL – 12050 de 18 de junio de 2014 rad. 45491.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La parte demandante, interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia. En primer lugar, manifestó que el despacho no le otorgó a las primas extralegales de servicio en el 8.3333% su carácter salarial, pese a que en varios pronunciamientos la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció que si eran salario, y que en la Ley 50 de 1990 se dijo que la determinación del carácter salarial dependía de lo que se hubiera establecido en la Convención Colectiva, y como en ninguna parte se dijo que no fueran salario, debían ser tenidas en cuenta como tal, por lo que se debía efectuar nuevamente el cálculo actuarial. Indicó que las licencias no se pueden descontar de la seguridad social en cumplimiento de los artículos 51, 52, y 53 del Código Sustantivo del Trabajo y de lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias C – 993 de 2000 y C – 1039 de 2000, por lo que debía modificarse el fallo en el sentido

de tener en cuenta estos tiempos, y expresó que COLPENSIONES debía reconocerle los intereses moratorios al actor conforme a lo establecido en sentencia SU – 065 de la Corte Constitucional.

Por su parte, **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, expresó que la providencia emitida por el juez infringió la norma que consagra la separación patrimonial entre los recursos que administra la sociedad fiduciaria y aquellos que se encuentran en el fideicomiso, y que incurrió en falta de valoración probatoria debido a que no se tuvo en cuenta lo establecido por la Superintendencia de Sociedades, que señala que a quien le corresponde asumir el pasivo pensional de la Flota Mercante es a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café. Esgrimió que el despacho distorsionó la cláusula del contrato de fiducia mercantil que establece que las obligaciones de PANFLOTA están afectadas única y exclusivamente para el pago de mesadas pensiones, aportes en salud, y los demás previstos en el contrato, y que dado el hecho de que se trata de un contrato de derecho privado debió haberse respetarse la intención plasmada en él.

**ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, interpuso recurso de apelación respecto de la obligación que se le impuso de expedir la resolución frente al reconocimiento del mayor valor del cálculo actuarial sobre el tiempo laborado por el demandante en Inversiones de la Flota Mercante, toda vez que ya dio estricto cumplimiento a lo señalado por la jurisdicción administrativa con respecto a la acción de tutela que interpuso el actor. Por lo anterior solicitó que se declarara que en el presente caso ya hubo reconocimiento o ya se expidió la resolución correspondiente al cumplimiento del cálculo actuarial del demandante con base en las operaciones realizadas por el actuario asesor, el señor Jorge Alberto Velásquez, en donde se tuvieron en cuenta todos los salarios devengados por el demandante

de manera correcta, y en aplicación de todas las disposiciones normativas.

**LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, solicitó que se declarara probado el fenómeno de cosa juzgada teniendo en cuenta que el despacho, como lo manifestó al momento de proferir la decisión correspondiente, admitió que se estaba frente a una situación que satisfacía los requisitos del artículo 303 del Código General del Proceso, es decir una situación de identidad en cuanto a objeto, causa e identidad jurídica de las partes; que se violó el principio de confianza legítima y buena fe de ella por cuanto en su debido momento procedió a transferir a Fiduprevisora el monto del cálculo actuarial efectuado por Asesores en Derecho S.A.S., pese a no estar de acuerdo, en cumplimiento de una decisión de orden constitucional. Solicitó que se considerara la posibilidad de modular la sentencia si se llegasen a confirmar las condenas, en el sentido de tener en cuenta alternativas constitucionales, como que los empleadores paguen los eventuales cálculos actuariales pero con base en salarios mínimos de la época para que el demandante acceda a una prestación, y recalcó el hecho de que el demandante ya accedió a una pensión de vejez; que el cálculo actuarial no es el vehículo financiero para habilitar los periodos laborados y no cotizados por el actor, teniendo en cuenta que para la época de prestación de servicios del demandante existían otro tipo de reglamentos legales que subsanaban esta situación, por lo que no se le puede dar aplicación retroactiva a figuras contenidas en la Ley 100 de 1993; que para la época en que el actor prestó sus servicios, existían unos reglamentos que establecían topes de salario máximo asegurado, pero no fueron tenidos en cuenta por el juzgado, y procedió a emitir condena sin tener en cuenta dichos topes.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico el determinar si en el presente caso resultaba procedente ordenar el cálculo actuarial deprecado, y en caso afirmativo, en que condiciones debe ordenarse el respectivo pago y la responsabilidad que le asiste a cada una de las demandadas.

La sala encuentra que no fue objeto de discusión, que el actor laboró al servicio de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. por el tiempo comprendido entre el 27 de agosto de 1977, y el 11 de enero de 1991, hecho que se puede extraer de la documental vista a folio n.º 561, correspondiente a la liquidación final de prestaciones sociales del demandante.

Respecto del cálculo actuarial, sea lo primero indicar que la afiliación de trabajadores particulares a la seguridad social en pensiones surgió desde la Ley 90 de 1946, cuando se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales – I.S.S., con el fin de que los trabajadores particulares estuvieran cubiertos ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

Debido a que esa entidad tardó en asumir tales coberturas, y bajo el entendido de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones por parte del empleador, éste asumía la obligación pensional conforme a lo establecido en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo.

En torno al tema objeto de debate, desde la sentencia SL9856-2014, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtió que si bien la cobertura del I.S.S. fue gradual y progresiva, el

empleador tenía responsabilidades y obligaciones con relación a los períodos efectivamente laborados por el trabajador, pues la ley no lo excluyó de ese gravamen y los tiempos laborados respecto de quienes no tenían la obligación de afiliación, debe sumarse para el reconocimiento de la pensión de vejez:

*“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.*

[...]

*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.”*

Aunado a lo anterior, sostuvo en sentencias SL792-2013, SL7851-2015, SL1272, SL2944 y SL16856 de 2016, que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, tampoco está sometida a prescripción, pues son parte fundamental para la financiación y consolidación del derecho a la pensión.

Posición que ratificó en sentencia SL4103-2017, en la cual señaló que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que *“(...) ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social”* (CSJ SL9856, SL16715 y SL17300 de 2014, SL2731 y SL14388 de 2015).

Además, ha precisado la jurisprudencia, que la falta de afiliación del trabajador da lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones. Y respecto a la aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de pensiones, bajo la idea de que son derechos en formación, que aquellos tienen *“(...) el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.”* (CSJ SL2731 y SL14388 de 2015).

Por lo anterior, es claro que no le asiste razón a la Federación Nacional de Cafeteros, por cuanto si bien no era obligatorio efectuar aportes pensionales en el lapso de vinculación laboral del actor como trabajador de la extinta Flota Mercante Gran Colombiana S.A., ello no la eximia de la obligación de responder por los períodos en que no se realizaron las cotizaciones respectivas, como quiera que dicha entidad, era responsable del pago de las prestaciones patronales, hasta tanto se subrogó el riesgo pensional.

De ahí, que en el presente caso hay lugar a disponer el pago del cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES que es la administradora en la que se encuentre afiliado el demandante, desde el 27 de agosto de 1977 hasta el 14 de agosto de 1990, lapso en el que no afiliación al sistema de pensiones, ni se efectuaron aportes pensionales, sin que tal orden lleve implícita el pago de una sanción o intereses moratorios como lo expresó en su recurso el demandante, conforme a lo previsto por el legislador en el inciso 2.º del párrafo 1.º del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1887 de 1994, que lo reglamentó, determinando la forma en la que se

obtiene el respectivo cálculo, al que deberán ceñirse las condenadas para dar cumplimiento a la decisión.

Frente a la inconformidad, relativa a que en el pago del cálculo actuarial, se debe tener en cuenta solamente el porcentaje que le correspondía al empleador, baste con señalar que en el caso de autos no se probó que durante la vinculación laboral del demandante con la Flota Mercante se le hicieran los descuentos correspondientes para tal fin, pese a que el empleador era el obligado a recaudarlos; así como tampoco, que hubiese cumplido con la obligación de hacer los provisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de Seguro Social, mientras entraba en vigencia éste, pues si bien el llamado de afiliación para los trabajadores marítimos se dio con la Resolución n.º 003296 del 2 de agosto de 1990 (CD f.º 790 cuad. 2), esto no significaba, que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues lo único que se prorrogó, fue el traslado de las cotizaciones al I.S.S., lo cual como se vio no se hizo, por ello deberá efectuarse el pago del cálculo actuarial en las condiciones expuestas por el Juez *a quo*, confirmándose su decisión.

Igualmente, es importante señalar que como bien lo señaló el *a quo* en el presente caso se configuro el fenómeno de cosa juzgada parcial, toda vez que si bien el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 27 de abril de 2015 (f.º 1538 - 1567), amparó los derechos fundamentales invocados por el actor en esa oportunidad, y que dicha providencia fue confirmada por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda en sentencia de 3 de septiembre de 2015 (f.º 1568 - 1585), así: **“CONFIRMAR** la sentencia de 27 de abril de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en todas sus partes con la aclaración de que la orden de carácter permanente consiste en que el tiempo laborado por el actor en la Flota Mercante Grancolombiana S.A. –

*Liquidada debe ser incluido dentro del cálculo actuarial y el valor resultante de dicho cálculo trasladado a laborar del afiliado y sean tenidos en cuenta por esa entidad al momento de analizar y decidir sobre el cumplimiento del requisito de cotizaciones para efectos de acceder a la pensión de vejez reclamada, acorde con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.*”, lo cierto es que en estas providencias no se tuvo en cuenta el salario respecto del cual se debía efectuar el cálculo actuarial del demandante, pese a ser ineludible. Así las cosas, hizo bien el *a quo*, en limitar la presente controversia a resolver si había lugar o no a un mayor valor frente al cálculo actuarial, y si procedía la reliquidación de la pensión de vejez. Por lo anterior, no están llamados a prosperar los argumentos de la Federación sobre este punto.

En lo atinente al salario que debe tenerse en cuenta para realizar el cálculo actuarial al que se condenó, y respecto del cual no está conforme el apoderado del demandante ni el de la Federación Nacional de Cafeteros, en tanto, el primero señala que se debió incluir el 8.3333% de la prima de servicios así como el tiempo correspondiente a licencias y suspensiones, y el segundo, alude que debe tenerse en cuenta el mínimo legal mensual vigente, se tiene que conforme a lo establecido en el Decreto 1887 de 1994, a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones, señala en el parágrafo de su artículo 4.º, en cuanto al salario que se debe tomar para éste operación aritmética, que “(...) *Para el caso de empleados que habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 **el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación.***”

Acorde a lo anterior, considera la Sala que al hacer una interpretación extensiva de la norma transcrita para el caso de los trabajadores que no se encontraban vinculados al 31 de marzo de 2013, el salario de referencia para efectos del cálculo actuarial debe

ser el último que sirvió como base de liquidación para cotizar en pensiones mientras estuvo vigente el vínculo laboral, que como lo determinó el *a quo* corresponde a \$644.017,94 sin que sea dable incluir la prima de servicios, por cuanto de la liquidación final de prestaciones sociales (f.º 561 Cuaderno 2); pero se observa que a folios 562 del cuaderno n.º2, se encuentra el valor real con el que fue afiliado el demandante ante el Instituto de Seguros sociales, el cual asciende a la suma de \$234.720, valor este que debe tenerse en cuenta para liquidación respectiva, así como también, se excluyó el valor que se le canceló a título de prima de servicio, por carecer de connotación salarial, ni tampoco los 184 días correspondientes a licencias y suspensiones, como lo precisó el *a quo*. Por lo que sobre este punto, se **modificará** la sentencia apelada.

Sobre la Responsabilidad de Fiduprevisora S.A., se tiene que conforme al Contrato de Fiducia (CD f.º 790 cuad. 2), se observa que el objeto de este escapa a la condena que aquí se impone por concepto de cálculo actuarial habida consideración que el patrimonio autónomo que nació como consecuencia del encargo fiduciario sólo puede ser destinado para el pago de mesadas pensionales y contingencias jurídicas que de manera expresa se hubieran entregado a la fiduciaria. A este respecto en la cláusula segunda del contrato de fiducia, el objeto quedó pactado de la siguiente manera: *“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”*.

A su turno, de conformidad con la cláusula cuarta del contrato, atendiendo al objeto contractual así acordado, la obligación expresa

que surgió en cabeza de la fiduciaria se ciñó al pago de mesadas pensionales a los pensionados de la Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A., de modo que no puede hacerse extensiva al pago de títulos pensionales o cálculos actuariales, toda vez que la única modificación que se introdujo con el otro sí, consistió en que el patrimonio autónomo constituido, también estaría destinado al pago de aportes de salud a las EPS, de modo que atendiendo a los expresos lineamientos contenidos en la sentencia SU-1023 de 2001 antes citada, será la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café la llamada a responder por las condenas aquí impuestas en virtud de la responsabilidad subsidiaria aquí declarada.

Por su parte, Asesores en Derecho S.A.S., tampoco está llamada a responder por la condena impuesta por el juez de que *“expida el acto administrativo con el cual se reconozca a favor del actor el mayor valor del cálculo actuarial”*, en la medida de que a voces del objeto de que trata el contrato n.º 9264 – 0012014 (CD f.º 790 cuad. 2), dicha sociedad únicamente tiene como finalidad el de atender solicitudes y tramites de los ex trabajadores y pensiones de la CIFM más no realizar pagos por obligaciones que estén a cargo de la Federación. Acorde con lo expuesto se absolverá a la demandada Asesores en Derecho SAS.

Acorde con lo expuesto se absolverá a las demandadas Fiduprevisora S.A.S y Asesores en Derecho S.A.S., y así deberán **modificarse** los numerales **tercero**, y **cuarto** de la sentencia apelada, quedando así estudiados los recursos de apelación interpuestos. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

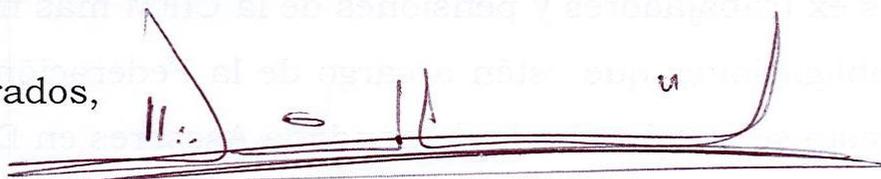
**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la **Fiduciaria La Previsora S.A.** como vocera y administradora del **Patrimonio Autónomo Panflota** y a **Asesores en Derecho S.A.S.**, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa. Así como también, el numeral **cuarto**, en lo concerniente a que se debe tener en cuenta como salario para liquidar el cálculo actuarial, es la suma de \$234.720, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**