



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
DESCONGESTIÓN

Magistrada Ponente: ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Proceso ordinario laboral: 76001310501820170072801

Demandante: VENANCIO NOSCUE

**Demandadas: MARY YAMANAKA FUJUY Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

Santiago de Cali, dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería para actuar como apoderado sustituto de COLPENSIONES al doctor DIMER ALEXIS SALAZAR MANQUILLO, conforme al memorial aportado.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la demandada MARY YAMANAKA FUJUY, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por la Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

DEMANDA

El señor VENANCIO NOSCUE presentó demanda contra MARY YAMANAKA FUJUY y COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene a la primera el pago de aportes al Sistema General de Pensiones por los periodos comprendidos entre el 3 de enero de 1986 y el 10 de agosto de 2006. Respecto de COLPENSIONES, pide que se reconozca y pague a su favor la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990 a partir del 1º de abril de 2008, en cuantía igual al salario mínimo, con los intereses moratorios y, subsidiariamente, la indexación.

HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que trabajó para MARY YAMANAKA FUJUY entre el 3 de enero de 1986 y el 10 de agosto de 2006 en el cargo de administrador de la finca "El Limonar"; no obstante, aquella no lo afilió al Sistema de Seguridad Social ni pagó las cotizaciones correspondientes. Relató que celebró conciliación con la empleadora el 10 de agosto de 2006 ante el Ministerio del Trabajo, mediante la cual acordaron el pago de una suma por concepto de prestaciones sociales y "*aportes a seguridad social en pensión*", aspecto que no podía conciliarse. Solicitó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue negada en 3 oportunidades por no haber acreditado las semanas requeridas por la Ley 797 de 2003; en la última indicó que el afiliado contaba con 994 semanas y no cumplía con requisitos para ser beneficiario del régimen de transición. Cumplió 60 años el 1º de abril de 2008 y, con los aportes que debe hacer su ex empleadora, logra reunir las semanas para ser beneficiario del régimen de transición y obtener la pensión conforme al Decreto 758 de 1990.

CONTESTACIÓN

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones de la demanda tras considerar que la empleadora MARY YAMANAKA FUJUY no cumplió con el deber de afiliar al demandante como su trabajador, por lo cual, en caso de ser procedente, debe asumir el pago de los aportes junto con las

actualizaciones e intereses que correspondan. Igualmente, afirmó que el afiliado no reúne el mínimo de semanas necesarias para reclamar la pensión en aplicación del régimen de transición, por lo que no debe ser condenada al pago de aquella ni de intereses moratorios. Propuso como excepciones las de *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción”* y la *“innominada”*.

A su vez, la señora MARY YAMANAKA FUJUY se opuso a las pretensiones de la demanda porque acudió de buena fe ante el Ministerio del Trabajo para saldar las acreencias laborales que tenía con el demandante, oportunidad en la que el Inspector incluyó en la liquidación una suma por concepto de aportes, pero no le indicó que debía afiliarse y solicitar la liquidación de cálculo actuarial a COLPENSIONES para cumplir con esta obligación, aspecto que ella desconocía. Propuso como excepciones las de *“cosa juzgada, ausencia de culpa o dolo respecto del pago de aportes pensionales”* y *“prescripción”*.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de noviembre de 2019, a través de la cual la Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Cali DECLARÓ que la demandada MARY YAMANAKA FUJUY incumplió su obligación de afiliarse y cotizar al sistema general de pensiones por el actor VENANCIO NOSCUE y, en consecuencia, ORDENÓ a COLPENSIONES liquidar el cálculo actuarial correspondiente al periodo del 3 de enero de 1986 al 10 de agosto de 2006, sobre un salario mínimo mensual legal vigente y a la demandada MARY YAMANAKA FUJUY pagar el valor de dicho cálculo actuarial. Asimismo, DECLARÓ que el demandante es beneficiario del régimen de transición y causó la pensión de vejez que consagra el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 1º de abril de 2008. En ese orden, CONDENÓ a COLPENSIONES a que, una vez obtenga el pago del cálculo actuarial, reconozca y pague la pensión a partir del 16 de diciembre de 2017, día siguiente a la última cotización efectiva, con una tasa de reemplazo del 90% del ingreso base de liquidación que resulte más favorable, conforme al artículo 21 de la Ley 100

de 1993 y con 14 mesadas al año. Autorizó a COLPENSIONES para efectuar los descuentos en salud, respecto de las mesadas pensionales ordinarias, declaró la inexistencia de la obligación frente a los intereses moratorios y, en su lugar, ordenó pagar las mesadas indexadas. Por último, condenó en costas a MARY YAMANAKA FUJUY y absolvió a COLPENSIONES por este concepto.

Para tomar su decisión, la Juez advirtió que la ex empleadora confesó desde la contestación de la demanda y en su interrogatorio, que el promotor de la litis trabajó para ella entre el 3 de abril de 1986 y el 10 de agosto de 2006 y que no lo afilió ni realizó cotizaciones a pensión durante ese período. Consideró que el derecho al pago de los aportes pensionales no es conciliable ni está sujeto a prescripción. Determinó que el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque contaba con 46 años al 1º. de abril de 1994, reunió 1.916 semanas en total, 1.417 de ellas para el 1º. de abril de 2008, fecha en la que cumplió 60 años, por lo que causó la pensión desde esta última data, de acuerdo con el *“artículo 12 del Decreto 758 de 1990”* y, conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, tiene derecho a 14 mesadas anuales. Concluyó que el disfrute de la pensión procede desde el 16 de diciembre de 2017, día siguiente a la última cotización efectiva y que, al no haberse surtido el pago del cálculo actuarial, la entidad no incurrió en mora en el pago de mesadas pensionales, por lo que no proceden los intereses moratorios; no obstante, ordenó la indexación del retroactivo. Señaló que la reclamación administrativa solo podía entenderse efectiva con la emisión de la sentencia y, por lo tanto, no operó la prescripción de alguna mesada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior la parte demandante interpuso recurso para que se revoque lo relativo a la fecha a partir de la cual se reconoce la pensión, que en su sentir corresponde al 1º. de abril de 2008, pues solicitó aquella desde el año 2009 y la responsabilidad de que no se concediera en ese momento es atribuible a la ex empleadora, por lo que no está obligado a soportar la carga de tal incumplimiento, en respaldo de lo cual cita la

sentencia SL-14388 de 2015. Asimismo, solicita que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez sin sujetar esta actividad al pago del cálculo actuarial.

La demandada MARY YAMANAKA FUJUY solicita que se revoque en su totalidad la sentencia porque se desconoció la existencia de la cosa juzgada respecto a la conciliación suscrita el 10 de agosto de 2006 ante el Ministerio del Trabajo, en tanto no recayó sobre derechos adquiridos, pues el actor para esa fecha no había cumplido los requisitos de la pensión y solo tenía una mera expectativa sujeta a que cumpliera la edad. Afirmó que cualquier inconformidad que el extrabajador tuviera frente a la conciliación prescribió el 10 de agosto de 2011 y que el pago que efectuó con la entrega de unos predios le permitía a aquel tener un mínimo vital derivado de los frutos civiles. Por último, señaló que no se debió condenar por los períodos de 2003 a 2006, porque fueron debidamente cotizados a COLPENSIONES.

También y por haber sido la providencia desfavorable a COLPENSIONES, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, por mandato del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, COLPENSIONES se ratificó en los argumentos de la contestación de la demanda.

Por su parte, el demandante presentó memorial de alegatos en el que pidió que se reconozca la pensión desde el momento en que cumplió la edad, se paguen intereses moratorios sobre las mesadas y no se sujete el reconocimiento pensional al pago del cálculo actuarial, en tanto la demandada MARY YAMANAKA FUJUY incumplió Su deber de aportar al sistema de seguridad social en pensiones y COLPENSIONES no ejerció las acciones de cobro, a pesar de haber informado a la administradora sobre la presunta mora en el pago de aportes desde la segunda reclamación en 2017.

CONSIDERACIONES

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia, que: (i) VENANCIO NOSCUE laboró como administrador de finca en favor de MARY YAMANAKA FUJUY entre el 3 de enero de 1986 y el 10 de agosto de 2006, con una remuneración correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente, pues así lo aceptó esta última desde la contestación de la demanda y en su interrogatorio de parte (folio 98 y primera audiencia minuto 28:50); (ii) durante el tiempo de vinculación la ex empleadora no afilió ni hizo aportes al sistema de seguridad social en pensiones en favor del demandante (folios 63 a 70 y 98); (iii) el trabajador y la empleadora suscribieron acuerdo conciliatorio ante el Inspector del Trabajo de Santander de Quilichao el 10 de agosto de 2006 mediante el cual acordaron el pago de \$32.109.600 en favor del demandante para saldar los conceptos de prestaciones sociales, reajuste salarial y “afiliación a pensión” (folios 95 a 97); (iv) el actor nació el 1º de abril de 1948 y cumplió 60 años el mismo día del año 2008 (folio 59); (v) el afiliado solicitó por primera vez el reconocimiento de la pensión de vejez con aplicación del régimen de transición el 29 de octubre de 2009 y el ISS hoy COLPENSIONES la negó en 3 oportunidades, mediante Resoluciones 100672 del 20 de febrero de 2010, GNR 190082 del 23 de julio de 2013 y SUB 210420 del 28 de septiembre de 2017 porque no reunía el mínimo de semanas requeridas (folios 23 a 32); (vi) el actor efectuó aportes a través del régimen subsidiado en pensiones entre el 1º de enero de 2003 y el 2 de junio de 2009 (folios 148 y 149); (vii) y en la historia laboral que aportó COLPENSIONES, actualizada al 15 de enero de 2018, figura novedad de retiro para el 15 de diciembre de 2017 (ver expediente administrativo).

En ese orden, de acuerdo con el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. se limita el alcance la impugnación a los reparos de los apelantes que se concretan en establecer si hay lugar a declarar la cosa juzgada con ocasión del acuerdo conciliatorio sobre los aportes pensionales, si es viable aplicar la prescripción y si los aportes realizados por el actor a través del régimen subsidiado en pensiones relevan parcialmente del pago de aportes a la ex

empleadora demandada. En caso de no prosperar los reparos señalados, respecto a la pensión del demandante se deberá determinar si COLPENSIONES debía ejercer acciones de cobro sobre los aportes, si no debe sujetarse el reconocimiento al pago del cálculo actuarial y, en consecuencia, si se debe reconocer desde el momento en que cumplió la edad. Asimismo, las demás materias se estudiarán en CONSULTA a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DEL EMPLEADOR EN EL PAGO OPORTUNO DE APORTES PENSIONALES

Acreditado que entre VENANCIO NOSCUE y MARY YAMANAKA FUJUY existió un contrato de trabajo del 3 de enero de 1986 al 10 de agosto de 2006, la Sala se remite al contenido del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone la obligatoriedad de efectuar las cotizaciones *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”*; esta obligación, antes de la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social, había sido señalada por los artículos 6º, 11 y 26 del Decreto 1650 de 1977 y el 1º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y que contienen los reglamentos del ISS, aplicables a trabajadores del sector privado.

Cuando el empleador desatiende el cumplimiento de dicha obligación se pueden presentar dos escenarios: (i) omisión en la afiliación, es decir, que el empleador no haya realizado la afiliación del trabajador al Sistema de Pensiones, caso en el cual la normatividad dispone el pago, mediante cálculo actuarial, del valor de los aportes por los tiempos de servicios prestados cuyo cómputo será procedente y generará eventuales derechos al pago de la prestación siempre y cuando el empleador traslade a satisfacción de la administradora la suma que corresponde a dicho cálculo actuarial, tal y como lo dispone el inciso 1º, párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; y (ii) omisión de pago de aportes de un trabajador

afiliado al sistema, caso en el cual, se debe ordenar dicho pago junto con un interés moratorio “igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios” (artículo 23 de la Ley 100 de 1993).

Al respecto, también ha dicho la Sala de Casación Laboral que “*las disposiciones que regulan los efectos de la omisión en la afiliación, por cualquier causa, son las vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho pensional, e independientemente de que las diferentes situaciones se presenten con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993*” y que “*los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, según los cuales las entidades de seguridad social tendrán en cuenta el tiempo servido, como efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda por los periodos omitidos, son aplicables a las pensiones que se otorguen en virtud del régimen de transición* (ver sentencia SL 197-2019, radicación 42324).

En el caso bajo estudio, se observan omisiones de la empleadora MARY YAMANAKA FUJUY en: (i) la vinculación del trabajador al sistema desde el inicio de la relación laboral, 3 de enero de 1986; y (ii) el pago de los aportes pensionales durante todo el término del contrato de trabajo. En consecuencia, procedía la condena que se dispuso en la sentencia proferida en primera instancia a cargo del empleador, de asumir las consecuencias por la falta de afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Ahora bien, respecto a la cosa juzgada y la prescripción de los aportes a pensión, argumento principal de la alzada de la persona natural demandada, de vieja data la Sala de Casación Laboral ha indicado que no es viable conciliar el pago de aportes a pensión respecto a un trabajador, cuando se ha acreditado que tiene derecho a ellos por la existencia del vínculo laboral, pues se trata de un derecho cierto e indiscutible, sin que el hecho de no haber alcanzado la edad para obtener la pensión lo convierta en incierto, pues afecta directamente la posibilidad de acceder al derecho pensional; tampoco es susceptible de prescripción.

En sentencia SL 1982 de 2019, radicación 63129 se recordó la posición en los siguientes términos:

*“En ese orden de ideas, se tiene, que la conciliación celebrada entre las partes tiene validez, salvo que transgreda derechos mínimos, ciertos e indiscutibles; que es lo ocurrido en este caso, por ende, a ese acto no se le puede otorgar los efectos de cosa juzgada que se predica normalmente de este instrumento, en la medida en que recayó sobre una **prerrogativa legal irrenunciable, como lo es la financiación o los aportes que permiten estructurar la prestación pensional por vejez del trabajador, por un período considerable de casi 24 años de servicio.***

No podían las partes disponer de ese derecho común a todo trabajador y correlativa obligación del empleador, que desde la expedición de la Ley 90 de 1946, y obligatoriamente, a partir del 1º de enero de 1967, por cuenta del Acuerdo 244 de 1966, requirió la afiliación y consiguientes aportes al entonces Instituto de Seguros Sociales, con el propósito de cobijar los riesgos por invalidez, vejez y muerte, lo cual, a partir de la Ley 100 de 1993, se convirtió en universal y categórico, tal como lo dispuso el artículo 22; de suerte que por la sola existencia del contrato de trabajo, surgía la necesidad de afiliar y aportar al organismo encargado en ese momento de administrar los recursos de trabajadores y empleadores, que permitían ir ampliando la base de financiación de las prestaciones que se iban reconociendo y las que se causarían en el futuro, como una exigencia cierta y previamente definida por el legislador.

Y es que es tan importante ese consolidado pensional, fruto del esfuerzo laboral, en la medida en que es el que permite que se consolide el derecho, pese a las diversas modificaciones legislativas que ha tenido, pero que siempre ha puesto de presente el número de semanas efectivamente cotizadas o el tiempo de servicio, para completar uno de los elementos de causación, tanto que con la Ley 100 de 1993, en su artículo 33, y luego con la introducción de la Ley 797 de 2003, se validó la posibilidad de aceptar los períodos laborales con empleadores públicos y/o privados, previa constitución de una garantía material y real que cubriera la erogación de la prestación pensional, a través de un cálculo actuarial.

De ahí que el trabajador no puede desprenderse del derecho a que su empleador satisfaga esa necesidad material, ahora con mayor razón, si la jurisprudencia de la Sala, ha consolidado la tesis, según la cual, cuando no habiendo afiliado el empleador al trabajador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, o habiendo omitido la realización de cotizaciones antes de esa data, y por cuenta de ello, el trabajador no alcanza a contabilizar la densidad exigida para acceder a la pensión con las posteriores que sufrague, el empresario deberá trasladar al fondo de pensiones escogido por el operario, el cálculo actuarial pertinente mediante un título o bono pensional, y las entidades administradoras, por consiguiente, tener en cuenta el tiempo en el que no hubo afiliación ni cotizaciones. (CSJ SL181-2018, CSJ SL553-2018, CSJ SL18906-2017, CSJ SL 14388-2015, CSJ SL 16086-2015, SL 2731-2015).

Así las cosas, no incurrió el Tribunal en los desaciertos que le aduce el recurrente, dado que no le dio validez a la conciliación, que tuvo por objeto negociar un derecho cierto e indiscutible del trabajador, tendiente a valerse de unos aportes que pertenecen al sistema general de pensiones, por el período comprendido entre el 2 de noviembre de 1969 y el 19 de septiembre de 1993, para estructurar el derecho pensional.

Cabe indicar, precisamente, porque **a la fecha de terminación del contrato, el trabajador no había consolidado la situación jurídica pensional exigida para ese momento, por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 -ya que no tenía la edad mínima exigida por la norma, siendo un requisito para la causación del derecho- es que no podía renunciar a una posibilidad cierta y verdadera de que los aportes adeudados por ese período conformaran la pensión, con mayor razón, que no se trataba de cualquier lapso, sino uno que prácticamente lo ponía a un paso para esa consolidación;** y en todo caso, habiendo constancia de la existencia del vínculo laboral, era deber del empleador la afiliación al ISS, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a efectos de que la pensión a futuro fuera asumida por el Sistema de Seguridad Social.

Asimismo, la entrega directa e inmediata al operario, por una suma única que compensara esa omisión del empleador en trasladar los aportes a la entidad de seguridad social, además de no contar en este caso con ningún parámetro técnico visible que proyectara la deuda acaecida hasta ese

momento, desconoce que ese tipo de recursos no le pertenecen al trabajador sino al sistema; de ahí que la Corte sostenga la tesis sobre la improcedencia del pago efectuado al empleado por el tiempo servido, en la medida en que su destinatario es la administradora de pensiones, quien debe velar por su correcta gestión, con el propósito de cumplir con las prestaciones pensionales que le son exigibles por sus usuarios. Y mucho menos se le puede imponer la carga de asumir responsabilidades al trabajador, para que por su cuenta y riesgo, haga las gestiones ante el ente administrador, a efectos de que le reciba cualquier suma que constituya el fondo mínimo para cubrir los eventuales riesgos amparados por la seguridad social, como en este evento lo acordaron las partes." (Resaltado fuera del original)

En ese orden, al tratarse de un derecho cierto e indiscutible con el solo hecho de haberse probado la existencia de un contrato laboral en el que no se cumplió el deber de afiliar y mucho menos de pagar aportes pensionales, no podía conciliarse tal aspecto a través de un acuerdo entre las partes y asimismo, en tanto obligación del patrono, tampoco puede relevarse parcialmente de su pago sobre algún período de tiempo por aportes que el trabajador hizo bajo el régimen subsidiado de pensiones, pues estas cotizaciones las efectuó en su propio nombre.

PENSIÓN DE VEJEZ

Se encuentra acreditado que el demandante conservó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 hasta el año 2014, pues tenía 46 años de edad para el 1o. de abril de 1994 y había cotizado más de 750 semanas al ISS, para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues reunió cerca de 1.250 semanas para julio de 2005, según historia laboral del 15 de enero de 2018 allegada con el expediente administrativo.

Igualmente, sumadas las 1.009,29 semanas que la historia laboral acredita, a las 874,14 no simultáneas que resultan incluidas con el cálculo actuarial, el actor reúne un total de 1.883,43 semanas con lo que se concluye que tiene derecho a la pensión que reclama, la cual se debe liquidar con una tasa de reemplazo del 90% del IBC, por lo que se confirmará en este punto la

sentencia de primera instancia, con el pago de la mesada adicional de junio, puesto que la prestación se causó antes del 31 de julio de 2011, en cuantía inferior a 3 SMMLV (Acto Legislativo 01 de 2005).

EFFECTIVIDAD DE LA PRESTACIÓN

En relación a los reparos del demandante sobre el momento a partir del cual se debe pagar la pensión y conforme a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicables por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, aquello debe ocurrir al día siguiente de la desafiliación del sistema, de modo que, como el 15 de diciembre de 2017 se reportó novedad de retiro, el disfrute de la pensión corresponde a partir del día siguiente, 16 de diciembre de 2017.

Es pertinente aclarar también, que la sentencia que se citó en el recurso de apelación, en relación con el deber de cobro de las administradoras, aplica a aquellos casos en los que el empleador cumplió con la afiliación, pero no con el pago de aportes, por lo que no es posible acogerla para resolver el caso bajo estudio. De ese modo, no era exigible a COLPENSIONES llevar a cabo acciones de cobro, en tanto sin que la empleadora hubiera efectuado la afiliación, la entidad no conocía de la existencia del vínculo ni estaba en capacidad de constituir la en mora para obtener el pago de los aportes insolutos.

Ahora, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha admitido algunas excepciones a que se acredite la desafiliación del sistema para disfrutar de la pensión de vejez, como cuando el afiliado reúne los requisitos y pide el reconocimiento en forma oportuna, pero debió seguir cotizando porque la administradora de pensiones se negó a reconocer el derecho bajo el argumento de que no contaba con los aportes (SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; y SL, 15 may. 2012, rad. 37798). Asimismo, cuando la conducta del ciudadano permite entender su intención inequívoca de retirarse del sistema, así formalmente no exista novedad de retiro (SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015; y CSJ SL5603-2016).

Sin embargo, en el presente asunto y como se indicó previamente, desde la primera solicitud elevada en el año 2009 COLPENSIONES no podía reconocer el derecho porque no se produjo la afiliación por parte de la empleadora y, en ese orden, no podía tener como cotizado el tiempo laborado, por lo que no le es imputable la falta de reconocimiento de la pensión en tal data. Asimismo, el señor NOSCUE continuó aportando ininterrumpidamente desde su primera solicitud en 2009 hasta el 15 de diciembre de 2017, esto es, durante casi 8 años, como se puede observar en la historia laboral ya citada, por lo que, a pesar de haber pedido la pensión, no se encuentra una manifestación clara de su voluntad de desafiliarse del sistema. Finalmente, resulta que el actor solo informó a COLPENSIONES la falta de afiliación por cuenta de la persona natural demandada, en el año 2017 (folios 33 a 37) en el que finalmente dejó de cotizar y radicó la demanda (folio 46).

De otra parte, la Sala advierte que hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia en lo relativo a que el reconocimiento y pago de la pensión depende del pago del cálculo actuarial al que está obligada la ex empleadora. En sentencia SL 115 2018, radicación 48091, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reiteró que:

*“No obstante que durante el lapso comprendido entre el 28 de febrero de 1969 y el 31 de enero de 1970, se dio una omisión por parte del empleador en el deber de afiliación y que no ha cancelado el respectivo cálculo actuarial, el derrotero jurisprudencial de la Corte trazado en la sentencia CSJ SL16086-2015 ya referida, es que **la administradora de pensiones debe validar ese tiempo para efectos pensionales**. En efecto, por tratarse de un derecho fundamental como lo es la seguridad social que a su vez es de carácter irrenunciable, su realización no puede verse afectada por una circunstancia ajena al afiliado como sería el incumplimiento del empleador, cuando haya certeza por parte del fondo de pensiones, como aquí sucede, sobre la existencia de la relación laboral y su vigencia, caso en el cual **la administradora que gestiona un servicio público debe reconocer la prestación y proceder al recobro del cálculo actuarial al empleador incumplido**.”* (Resaltado fuera del original)

Las anteriores razones son suficientes para modificar la sentencia en cuanto a que COLPENSIONES debe reconocer la pensión de vejez con independencia del pago del cálculo actuarial que debe realizar MARY YAMANAKA FUJUY y, en caso de incumplimiento de esta, la entidad debe proceder al cobro.

Asimismo, teniendo en cuenta que no se condenó al pago de intereses moratorios, procede la indexación de las sumas adeudadas por ser esta la forma en que se traen a valor presente los dineros que se debieron pagar. Si bien en los alegatos de segunda instancia la parte actora solicitó el reconocimiento de dichos intereses, el recurso de apelación no contiene reparos sobre este aspecto, por lo que conforme al artículo 66A del CPT y SS la Sala no se pronunciará frente a este tópico.

Finalmente, respecto a la excepción de prescripción, toda vez que la pensión se hizo efectiva a partir del 16 de diciembre de 2017 y la demanda se promovió el 30 de noviembre de 2017, ninguna mesada prescribió de acuerdo con los artículos 151 del CPT y SS y 488 del CST.

Dadas las resultas de la instancia la condena en COSTAS procede únicamente a cargo de MARY YAMANAKA FUJUY y en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DESCONGESTIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

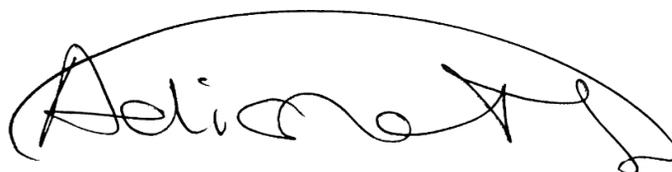
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la sentencia de primera instancia para establecer que COLPENSIONES debe reconocer la pensión de vejez con independencia del pago del cálculo actuarial que debe efectuar MARY YAMANAKA FUJUY y que, en caso de incumplimiento, aquella debe proceder a ejercer el cobro del título.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión.

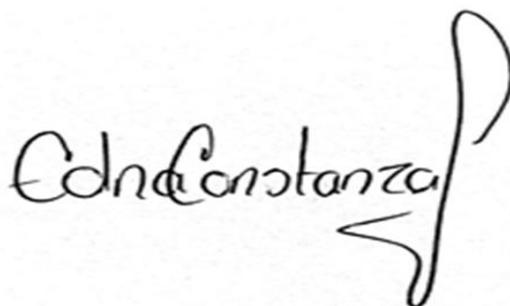
TERCERO: COSTAS en la apelación a cargo de MARY YAMANAKA FUJUY y a favor del demandante. Inclúyase en su liquidación la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$300.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



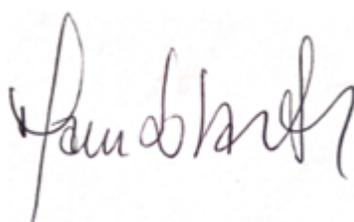
ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada



EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada



MARY ELENA SOLARTE MELO

Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

La presente providencia debe ser notificada por edicto, según lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia AL2550-2021, radicación 89628.