



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ**

Acta número: 011

Audiencia número: 098

En Santiago de Cali, a los veintiún (21) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, ALVARO MUÑIZ AFANADOR y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 modificadorio del artículo 82 del CPT y SS, nos constituimos en audiencia pública con el fin de darle trámite al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y al grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 016 del 1° de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por CARLOS HERNANDO GIRALDO CARDONA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, trámite a la cual fue vinculada las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

AUTO NUMERO: 257

RECONOCER personería al doctor MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.421.257, con tarjeta profesional número 86.117 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandatario judicial de COLPENSIONES

Aceptar la sustitución del mandato a favor del abogado JUAN GUILLERMO CARMONA CARDONA, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.060.267.330, con tarjeta



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
CARLOS HERNANDO GIRALDO CARDONA
VS. COLPENSIONES
RAD. 76-001-31-05-007-2021-00512-01

profesional número 353.815 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandatario judicial de COLPENSIONES

La anterior decisión quedará notificada con la sentencia que a continuación se profiere.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El mandatario judicial de Colpensiones al formular alegatos de conclusión ante esta instancia y al referirse a la pretensión de reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que reclama el actor, hace en primer lugar, una cita normativa sobre el régimen de transición y el Acto Legislativo 01 de 2005, así como del artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Afirmando que el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales en noviembre de 1972 y realizó aportes hasta abril de 1981, tiempo que corresponde a 33.57 semanas que fueron las que se tuvieron en cuenta cuanto se le reconoce esa indemnización en resolución SUB 349574 de 2019, y ante la solicitud de atenderse el tiempo que estuvo bajo el empleador EMCALI, se atendió esa reliquidación de conformidad con el acto administrativo SUB 28334 de 2020, Por lo que considera que no le asiste derecho a una nueva reliquidación.

De otro lado, la apoderada del actor, reitera que el tiempo laborado y cotizado bajo el empleador EMCALI no fue tenido en cuenta al momento del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y se desconoce si la entidad demandada realizó las acciones pertinentes de cobro coactivo por mora en el pago de aportes por parte de EMCALI.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 084

Pretende el demandante la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, teniendo en cuenta para ello el período laborado ante EMCALI E.I.C.E E.S.P., comprendido entre el 10 de diciembre de 1981 al 13 de septiembre de 1988, así como el



pago de la diferencia causada y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En sustento de esas pretensiones manifiesta el demandante que el día 30 de septiembre de 2019, solicitó ante COLPENSIONES la corrección de su historia laboral, a fin de que fueran incluidos en la misma, el tiempo laborado ante EMCALI, para lo cual se anexaron los documentos aportados por la misma empresa, en donde se demostraba la afiliación al entonces ISS.

Que efectivamente su historia laboral le fue corregida, reflejándose además de otras empresas con las cuales laboró, el patronal EE MM DE CALI, período que no fue tenido en cuenta, por encontrarse el mismo en mora, totalizando únicamente 33.57 semanas.

Que el día 12 de diciembre de 2019, solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en donde también requirió que le fuera tenido en cuenta el aludido período laborado con EMCALI, siendo dicha prestación reconocida a través de la Resolución SUB 349574 del 20 de diciembre de 2019, en cuantía única de \$485.953, pero sin tener en cuenta el referido período.

Que no se evidencia que COLPENSIONES hubiese iniciado el respectivo cobro coactivo para obtener el pago de tal período en mora, no siendo él el llamado a responder por dichos emolumentos, siendo éstos única y exclusivamente del empleador y de la entidad demandada.

Que contra la decisión inicial interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, siendo éstos desatados mediante las resoluciones SUB 28334 del 30 de enero de 2020 y DPE 3511 del 28 de febrero de 2020, respectivamente, confirmando la resolución impugnada, quedando de ese modo agotada la vía gubernativa.



TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES al dar respuesta se opone a las pretensiones invocadas en la demanda, en vista de que la entidad realizó el estudio correspondiente frente a cada una de las reclamaciones elevadas y los recursos impetrados, no encontrando que se acreditara derecho alguno en favor del demandante, y que no resultaría legal, ni procedente realizar reconocimiento de reliquidación alguna en favor de la parte actora. Frente a los tiempos laborados aducidos por el demandante, se tiene que el empleador no ha realizado aclaración referente a si realizó el pago al demandante o si existe alguna inconsistencia o error por el cual no aparecen dichos aportes en las cotizaciones del trabajador ante el Sistema General de Pensiones.

De igual forma, expone que la entidad dio inicio al requerimiento y cobro de los períodos en mora ante EMCALI E.I.C.E E.S.P., a fin de que los mismos sean tenidos en cuenta conforme las pretensiones de la parte actora, sin que tal entidad haya realizado aclaración al respecto o se haya generado certificación del tiempo que aduce haber laborado el demandante, haciéndose necesario que el empleador certifique si los tiempos comprendidos entre el período 12 – 1981 a 09 – 1988, solicitados en la corrección de Historia Laboral fueron objeto de una relación laboral continua o discontinua, si hubo interrupción alguna, si están consagrados en algún tipo de reconocimiento prestacional otorgado por la entidad en favor del actor, conforme lo anterior se hace necesario que para convalidar los referidos períodos, el empleador ratifique las condiciones del servicio prestado como trabajador, o en caso contrario que desvirtúe la existencia de la relación laboral o de sus extremos.

Plantea en su defensa las excepciones de fondo que denominó: ausencia de relación laboral o contrato de trabajo y los extremos del mismo, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, ausencia de causa para demandar y la innominada.

La integrada en Litis EMCALI E.I.C.E E.S.P., se opone a las pretensiones de la demanda, en virtud de que las mismas están encaminada en contra de COLPENSIONES, quien en efecto es el que reconoció la indemnización sustitutiva pensional de vejez al señor CARLOS



HERNANDO GIRALDO CARDONA; por lo tanto, es ella quien debe reliquidarla por ser el ente competente, en caso de que esta pretensión prospere. Expone que en virtud de los hechos plasmados por el actor, se desprende que el motivo de inconformidad surge en razón a que el ISS hoy COLPENSIONES, al momento de liquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, omitió los aportes realizados por EMCALI, durante el tiempo que el señor CARLOS GIRALDO estuvo vinculado a la integrada.

Advierte que EMCALI nunca incurrió en mora de los respectivos pagos, pues desde el momento en que el demandante fue vinculado a la entidad, la misma cumplió con su deber de ingresarlo al ISS, y de realizar los aportes, y en el hipotético evento de que EMCALI, hubiera incurrido en mora, COLPENSIONES estaba en el deber de efectuar el cobro, supuesto no ocurrido, toda vez que, como se dijo anteriormente, EMCALI no incurrió en la supuesta mora.

Asegura que COLPENSIONES presenta incongruencias en sus archivos, pues EMCALI si ingresó al demandante al ISS durante el tiempo que el mismo estuvo vinculado, dándose el aviso de salida el 01 de septiembre de 1988, toda vez que el demandante laboró hasta el 30 de agosto de 1988, supuesto que puede confrontarse con los avisos de entrada y salida del ISS que aporta con su contestación, en la que se puede observar el número patronal de EMCALI y número de afiliación (04328201667 y 040619247, respectivamente) Números que no se subroga el empleador si no que son impuestos por el Fondo de Pensiones para su control, por lo tanto, no es posible que COLPENSIONES, hoy diga que no figura afiliación realizada por EMCALI y desconozca que el demandante efectivamente trabajó para la integrada.

Finalmente, aduce que en el hipotético evento, de que EMCALI no hubiera efectuado dichos pagos, correspondía a la entidad encargada del reconocimiento de pensiones como deber, exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales, por cualquiera de las vías legalmente establecidas (Sentencia T-702-08) supuesto no ocurrido, toda vez que no existen sumas de dinero por concepto de aportes que COLPENSIONES pueda reclamar a EMCALI, pues aquella efectuó los respectivos pagos de los aportes a pensión.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió con sentencia mediante la cual el A quo declaró no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES, salvo la de cobro de lo no debido la cual se declara probada respecto de los intereses moratorios; condenó a COLPENSIONES a reconocer al actor la suma de \$13.678.298, por concepto de diferencia adeudada por la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con la correspondiente indexación, y advirtiendo que queda salvo el derecho de COLPENSIONES de cobrar el valor que represente el cálculo actuarial a cargo de EMCALI, entidad que ordenó desvincular de la presente acción.

Para arribar a la anterior decisión, el operador judicial de primer grado estableció como primera medida que conforme a la prueba documental aportada en el trámite del proceso, no existe duda de que el actor prestó sus servicios ante EMCALI E.I.C.E E.S.P., durante el período echado de menos en su historia laboral, empleador que lo afilió y retiro ante el otrora ISS, a través de los mecanismos utilizados para aquella época, y que a pesar de que no existe certeza del pago de tales cotizaciones a pensión por parte de tal patronal, la administradora de pensiones demandada es quien debe asumir las inconsistencias reflejadas en la historia laboral del actor, pues éstas no pueden repercutir en el derecho pensional del trabajador hoy demandante.

Luego de haber esclarecido lo anterior, y de tener en cuenta el período comprendido entre el 10 de diciembre de 1981 al 13 de septiembre de 1988 como ciclos debidamente cotizados por el actor a través de EMCALI E.I.C.E E.S.P. en su historia laboral, efectuó el cálculo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del demandante, arrojando un valor superior al reconocido inicialmente por la entidad demandada, generándose una diferencia a favor del promotor del litigio, la que ordenó indexar, en apoyo de pronunciamientos jurisprudenciales que le permiten condenar a tal rubro de forma oficiosa.



RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada COLPENSIONES interpone el recurso de alzada, al no estar de acuerdo con la desvinculación de EMCALI en el presente asunto, en vista de que esa entidad fue la empleadora del actor y es la encargada y quien tenía el deber de realizar el pago de las cotizaciones en los tiempos laborados por el demandante, siendo ellos quienes deben pagar el cálculo actuarial a COLPENSIONES, pues debe tenerse en cuenta que para que se realice la reliquidación y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, primero se debe recibir el dinero proveniente de dicho cálculo, por lo que solicita sea revocada la sentencia atacada y se absuelva de las pretensiones incoadas, o de manera subsidiaria se ordene a EMCALI a pagar el respectivo cálculo actuarial.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El presente proceso también arribó a esta Corporación a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada de la cual La Nación es garante, de conformidad con el artículo 69 del CPL y SS.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En consideración al recurso de alzada y del grado jurisdiccional de consulta corresponderá a la Sala: i) Determinar si hay lugar o no a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida al actor, teniendo en cuenta para ello, el período a través del cual el demandante laboró al servicio de EMCALI E.I.C.E E.S.P., desde el 10 de diciembre de 1981 y hasta el 13 de septiembre de 1988, estableciendo la procedencia o no del pago de un cálculo actuarial por parte de tal entidad a órdenes de COLPENSIONES, ii) el monto de tal prestación, teniendo en cuenta la excepción de prescripción formulada por la entidad demandada, iii) así como la indexación de la diferencia arrojada, si a ello hubiere lugar.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio lo siguiente:



- Que al actor le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, en cuantía única de \$485.953, con base en 33 semanas cotizadas, según Resolución SUB 349574 del 20 de diciembre de 2019.
- La negativa del reajuste de tal prestación económica, por parte de la entidad demandada, a través de las resoluciones SUB 28334 del 30 de enero de 2020 y DPE 3511 del 28 de febrero de 2020, que confirmaron la decisión contenida en la resolución inicial, al momento de desatar los recursos de reposición y en subsidio apelación, respectivamente.
- Finalmente, no es objeto de discusión la relación laboral que existió entre el señor CARLOS HERNANDO GIRALDO CARDONA y EMCALI E.I.C.E E.S.P., durante el período comprendido entre el 10 de diciembre de 1981 al 13 de septiembre de 1988.

DE LA MORA EN EL PAGO DE APORTES A PENSION

Lo primero en dilucidar por parte de esta Sala de Decisión, redundante en las inconsistencias contenidas en la historia laboral del actor, más exactamente en el período echado de menos en tal documento, comprendido entre el 10 de diciembre de 1981 al 13 de septiembre de 1988, para lo cual nos remitimos al reporte de semanas cotizadas en pensiones del señor CARLOS HERNANDO GIRALDO CARDONA emitido por COLPENSIONES actualizada al 25 de noviembre de 2021, en el cual se avizora en dicho período reportado por el empleador EE MM DE CALI la observación de *“Periodo en mora por parte del empleador”*, ciclos que no fueron tenidos en cuenta en la sumatoria total de semanas de tal reporte, en donde únicamente se contabilizaron 33,57 semanas, documental que fue aportada por la misma administradora de pensiones con su contestación.

Como bien quedó establecido en líneas precedentes, no existe discusión alguna acerca de la relación laboral que existió entre el señor GIRALDO CARDONA y EMCALI E.I.C.E. E.S.P., situación que fue aceptada por la misma entidad quien fue vinculada como Litisconsorte al presente proceso, quien además aportó los respectivos avisos de entrada y salida del mencionado trabajador al entonces ISS, en los que constan como extremos temporales de tal vinculación, el 10 de diciembre de 1981 como calendario de entrada y el 13 de septiembre



de 1988 como fecha de salida, demostrando con ello su obligación como empleador de afiliarse a su subordinado, para que aquel quede cubierto de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Ahora bien, COLPENSIONES en el trámite administrativo a través de la última resolución expedida en el expediente pensional del señor CARLOS HERNANDO GIRALDO CARDONA, esto es, la DPE 3511 del 28 de febrero de 2020, a través de la cual la entidad resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la resolución que le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, precisó respecto del tiempo comprendido entre el 10 de diciembre de 1981 al 13 de septiembre de 1988 alegado por el peticionario como laborado con EEMM de Cali, que según respuesta dada por la Dirección de Afiliaciones e Historia Laboral de fecha 09 de diciembre de 2019, que:

*"(...) Periodo Desde: 1981-12-01 Periodo Hasta: 1988-09-30
Respuesta Requerimiento: En atención a solicitud referente a validación y cargue de los ciclos 198112 a 198809 con el empleador EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI, nos permitimos informar, no se evidencia pago efectuado por dicho empleador para tales ciclos, razón por la cual no se contabilizan en la historia laboral. Es de aclarar que, al respecto, es posible que se haya dado el pago por parte del empleador, pero que el mismo presente inconsistencias como error en los datos, y en tal sentido nuestro sistema no registra la aplicación de los mismos, mostrándolos como deuda, pues de igual forma deben ser aclarados por el empleador. Por lo anterior y de acuerdo a las atribuciones que nos competen y a las leyes vigentes, hemos requerido al empleador el pago o aclaración de los ciclos pendientes"*

De igual forma, en la mentada resolución COLPENSIONES, expuso que requirió a la Dirección de Contribuciones Pensionales y Egresos, sobre los tiempos alegados como faltantes en la historia laboral, dependencia que expresó: "...realizó la validación de la información reportada y se observa en las bases de datos de la Administradora de bodega de datos que, a nombre del ciudadano reportado, no se registra deuda presunta por omisión en el pago, por lo cual no es procedente efectuar acciones de cobro."

Finalmente, la administradora de pensiones concluyó en tal acto administrativo que: se le indica al solicitante que esta entidad ha realizado las validaciones respectivas y no se encuentra indicios de pagos para dichos períodos con el fin de iniciar las acciones de cobro, así como tampoco se puede asumir mora patronal por parte de esa entidad, conclusión que para esta Sala de Decisión, resulta vaga y sin sentido, pues por un lado, expone que no tiene



certeza de que dichos ciclos hayan sido pagados, y por otro lado, precisa que no se puede considerar que el empleador presenta mora en el pago de aportes, situación que deja ver el desorden e imprecisión de COLPENSIONES en sus bases de datos, en especial las que contienen la información de pagos de aportes de sus afiliados, efectuados por intermedio de sus empleadores.

Frente a las inconsistencias contenidas en las historias laborales de los afiliados, las administradoras de pensiones tienen el deber legal de desplegar todas actuaciones necesarias para garantizar la veracidad, claridad y precisión de dichos reportes, sin que se le traslade la carga de su negligencia a los afiliados, así lo ha manifestado la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos en sede de tutela, entre ellas la T 436 de 2016, en donde expresó:

*“De acuerdo con la ley y la jurisprudencia constitucional, las administradoras de pensiones son las principales responsables de la custodia de la información, y de la certeza y la exactitud de su contenido. A nivel legal, las entidades tienen el deber de actuar de conformidad con las garantías del habeas data. De ahí, que les sean aplicables los deberes que corresponden a los responsables y encargados del tratamiento de datos, dispuestos en la Ley 1581 de 2012, que exigen conservar la información, garantizarla en condiciones de seguridad, actualizarla y rectificarla, entre otros. Existen también obligaciones específicas para las administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida. El artículo 53 de la Ley 100 de 1993 estipula deberes de fiscalización e investigación de las entidades administradoras del régimen, que comprenden verificar la exactitud de las cotizaciones y adelantar las investigaciones pertinentes para comprobar la certeza de los hechos generadores, así como citar a empleadores o terceros para que rindan informes necesarios.
(...)”*

Se debe precisar que, en vista de la respuesta dada por la Dirección de Contribuciones Pensionales y Egresos de COLPENSIONES, en el trámite interno realizado por la misma entidad, en la cual se precisó que no se registra deuda presunta por omisión en el pago, y por ende, no resultaba procedente efectuar acciones de cobro, no tendría porque el empleador EMCALI E.I.C.E E.S.P. entrar a responder por el pago de los aportes generados en el período bajo estudio, a través de un cálculo actuarial, si se tiene en cuenta además de que aquella entidad, efectuó correctamente la afiliación y retiro de su entonces trabajador, siendo diferentes las causas y las consecuencias de la mora en el pago de



aportes y la falta de afiliación al sistema, así lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 14388-2015, en donde puntualizó;

“Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802, en la que se concluyó que «...las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.»

Por otra parte, en torno a las hipótesis de la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, la Corte venía sosteniendo que no era posible asemejar ese fenómeno al de la «mora» en el pago de los aportes, pues «...no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de algunas cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social.» (Ver sentencias CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 41023; CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 42243; y CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 43188).”

Así mismo, importa recordar que nuestro órgano de cierre, ha adoctrinado de manera pacífica y reiterada, que para convalidar los aportes en mora del empleador cuando la administradora de pensiones no activa los mecanismos de cobro para el recaudo de los aportes, se requiere la comprobación de la existencia de la relación laboral durante el período en que el trabajador dice haber prestado sus servicios, así lo manifestó en la SL



3692 de 2020, reiterada en reciente pronunciamiento contenido en la SL 1506 del 8 de abril de 2021, en donde manifestó en la primera de ellas, lo siguiente:

“Sin embargo, lo dicho en precedencia debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100, así como con lo establecido por los artículos 15 y 17 de ese mismo cuerpo normativo, que respectivamente señalan:

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

l. En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo;

ARTÍCULO 15. AFILIADOS. *<Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:*

1. En forma obligatoria: <Ver Jurisprudencia Vigencia> Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.

ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. *<Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias 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 aquellos devenguen.*

Con sustento en las anteriores normas, es que la Sala ha sostenido que las cotizaciones de un asegurado al sistema, se generan con ocasión de la prestación efectiva del servicio o en otras palabras la existencia de una relación laboral hace que surja para el empleador el deber de aportar al sistema pensional. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL514-2020, que reiteró lo dicho en la providencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270, se sostuvo:

[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la



prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras

Es claro entonces, que para que pueda hablarse de mora patronal, se requiere la existencia de una relación laboral que así la genere, por lo que no puede el operador judicial endilgarle a la administradora de pensiones una responsabilidad automática ante los reportes de falta de pago por parte del empleador reflejados en la historia laboral.

Dicho de otra manera, no puede el juez entrar a convalidar periodos con una aparente mora patronal, sin tener la certeza de que en estos el trabajador haya tenido vigente un vínculo laboral, puesto que la omisión del empleador en reportar la novedad de retiro, no puede conllevar de manera automática e inexorable a tener como efectivamente cotizado esos periodos, como se dijo en líneas anteriores, dado que no solo podría conllevar a cargarle o imputarle al sistema pensional, un número de semanas no cotizadas por el asegurado, sino a declarar la existencia de un contrato de trabajo, con las consecuencias que ello acarrea; lo que además supone un claro desconocimiento a un principio medular del ordenamiento jurídico del trabajo, como lo es el de la primacía de la realidad sobre las formas.

Tal situación de mora patronal sin acreditación de la existencia de relación contractual por parte del afiliado, es precisamente la que se evidencia con la conclusión a la que arribó el Tribunal, quien se limitó a señalar que tendría en cuenta «inclusive los [aportes] correspondientes al empleador Asociación Los Mil Milagros (sic)», a pesar de que «este empleador presenta mora», lo que implica entonces que dicho juzgador partió de la base de que el vínculo laboral estuvo vigente durante todo el periodo señalado en la historia laboral.

Luego entonces, en casos como el presente, no debe olvidarse que el juez conforme a lo previsto los artículos 54 y 83 del CPTSS, tiene la facultad de decretar pruebas de oficio, «para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos», así lo recordó esta Sala de la Corte en la providencia CSJ SL9766-2016, en la que se dijo, que los administradores de justicia deben «tener iniciativa en la averiguación de la verdad real, para lo cual debe procurar, de oficio, acopiar los elementos de juicio idóneos que le permitan eliminar las dudas fundadas que tenga en torno a los supuestos fácticos del proceso, esclarecer espacios oscuros del pleito y constatar la veracidad de los hechos sometidos a su consideración», así mismo se dijo que en tratándose de un «proceso laboral, [debe ordenar «la práctica de todas aquellas [pruebas] que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos» (art. 54 del C.P.T. y S.S.) y solicitar «las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta» (art. 83 del C.P.T. y S.S.)».

Así las cosas, y en consonancia con los anteriores criterios jurisprudenciales de los cuales esta Sala comparte a cabalidad, se debe tomar en cuenta el período comprendido entre el 10 de diciembre de 1981 al 13 de septiembre de 1988, para la liquidación de la indemnización



sustitutiva de la pensión de vejez del actor, sin que para ello deba ordenarse el pago previo de las cotizaciones a pensión de dichos ciclos por parte de EMCALI E.I.C.E E.S.P., pues ya quedo más que demostrado que las inconsistencias presentadas en la historia laboral del actor, surgen de la negligencia en el manejo de las bases de datos de la administradora de pensiones llamada a juicio, lo que deja sin piso los argumentos expuestos en la censura impuesta por su apoderada judicial en el recurso de alzada.

DE LA LIQUIDACION DE LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA

El artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, dispone que para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.



A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”

Realizadas entonces las operaciones matemáticas, conforme a la formula prevista en la norma en cita, la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, arroja la suma de \$14.247.166,76, superior a la reconocida en sede administrativa por COLPENSIONES de \$485.953, y a la calculada por el A quo de \$14.164.251,60, empero como quiera que tal situación no fue objeto de inconformidad por la parte actora, debe dejarse incólume el valor de la condena impuesta en primera instancia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la entidad demandada de la cual La Nación es garante.

La liquidación efectuada por la Sala se plasma a continuación a modo de consulta de las partes:

LIQUIDACIÓN INDEMNIZACION SUSTITUTIVA PENSION DE VEJEZ

Afiliado(a):

CARLOS HERNANDO
GIRALDO CARDONA

Calculado con el IPC base 2018

Fecha que se indexará el cálculo:

01/01/2020

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO	ÍNDICE	ÍNDICE	DÍAS	SEMANAS	SALARIO	IBL	PORCENTAJE COTIZADO	PORCENTAJE X SEMANAS
DESDE	HASTA	COTIZADO	INICIAL	FINAL			INDEXADO			
16-nov.-72	26-dic.-72	\$ 1,290	0.14	103.80	41	5.86	\$ 973,145.09	\$ 14,750.07	4.50%	26%
28-ene.-80	9-abr.-80	\$ 9,480	0.72	103.80	73	10.43	\$ 1,376,154.40	\$ 37,138.36	4.50%	47%
2-jun.-80	29-ago.-80	\$ 9,480	0.72	103.80	89	12.71	\$ 1,376,154.40	\$ 45,278.28	4.50%	57%
15-mar.-81	15-abr.-81	\$ 21,420	0.90	103.80	32	4.57	\$ 2,470,648.65	\$ 29,227.64	4.50%	21%
10-dic.-81	31-dic.-81	\$ 39,310	0.90	103.80	22	3.14	\$ 4,534,136.26	\$ 36,876.52	4.50%	14%
1-ene.-82	31-dic.-82	\$ 39,310	1.14	103.80	365	52.14	\$ 3,585,459.02	\$ 483,805.01	4.50%	235%
1-ene.-83	31-dic.-83	\$ 39,310	1.41	103.80	365	52.14	\$ 2,890,790.34	\$ 390,069.68	4.50%	235%
1-ene.-84	31-dic.-84	\$ 39,310	1.65	103.80	366	52.29	\$ 2,478,446.75	\$ 335,346.21	4.50%	235%
1-ene.-85	31-oct.-85	\$ 39,310	1.95	103.80	304	43.43	\$ 2,095,342.58	\$ 235,483.97	4.50%	195%
1-nov.-85	31-dic.-85	\$ 39,310	1.95	103.80	61	8.71	\$ 2,095,342.58	\$ 47,251.72	6.50%	57%
1-ene.-86	30-abr.-86	\$ 39,310	2.38	103.80	120	17.14	\$ 1,711,174.01	\$ 75,911.60	6.50%	111%
1-may.-86	31-dic.-86	\$ 99,630	2.38	103.80	245	35.00	\$ 4,336,918.52	\$ 392,807.78	6.50%	228%
1-ene.-87	31-jul.-87	\$ 99,630	2.88	103.80	212	30.29	\$ 3,585,811.44	\$ 281,032.17	6.50%	197%
1-ago.-87	31-dic.-87	\$ 123,210	2.88	103.80	153	21.86	\$ 4,434,485.87	\$ 250,823.05	6.50%	142%
1-ene.-88	13-sep.-88	\$ 123,210	3.58	103.80	257	36.71	\$ 3,575,573.80	\$ 339,712.56	6.50%	239%
TOTAL DIAS COTIZADOS					2705	386.43	IBL:	\$ 2,995,514.61		2038%



Salario base de Cotización:	\$ 698,953.41	PROMEDIO:	5.27486%
Semanas Cotizadas:	386.43		
Promedio ponderado cotización:	5.2749%		
Total Indemnización :	\$ 14,247,166.76		
Indem recon:	\$485,953		
Diferencia:	\$13,761,214		

Determinado entonces que le asiste derecho al actor al reajuste de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez deprecada, resulta procedente estudiar la excepción de prescripción formulada por la entidad, para lo cual advierte la Sala que la indemnización sustitutiva de cualquier prestación pensional no puede estar sujeta respecto de su reconocimiento a un límite temporal, toda vez que por tratarse de una prestación subsidiaria o sustitutiva de un derecho pensional, ostenta por extensión la naturaleza de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad. Es decir, su reclamación puede efectuarse en cualquier tiempo, sujetándose solamente a normas de prescripción, una vez ha sido reconocida por la autoridad respectiva. (T-972 de 1006 y T-477 de 2015)

Como bien se expresó con anterioridad, COLPENSIONES le reconoció al demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, mediante resolución SUB 349574 del 20 de diciembre de 2019, resolución contra la cual el actor interpuso los recursos de ley, buscando el reajuste de tal prestación económica, siendo desatado el último de los recursos de forma negativa según resolución DPE 3511 del 28 de febrero de 2020, para finalmente presentar la demanda el día 19 de octubre de 2021, sin que entre éstas datas hubiese transcurrido el trienio de que tratan los artículos 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T., de lo que se colige que no se encontraría prescrita la diferencia pensional a favor del demandante aquí liquidada.

Así las cosas, la administradora de pensiones aquí demandada, adeudaría al demandante la suma de **\$13.678.298** por concepto de diferencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Punto de la decisión que ha de confirmarse.



La anterior suma deberá indexarse al momento de su pago, con el fin de contrarrestar el fenómeno de la devaluación de la moneda, como acertadamente lo concluyó el A quo en su sentencia.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por los apoderados de las partes como alegatos de conclusión.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del promotor del litigio, fíjense como agencias en derecho, el equivalente a 2 SMLMV.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 016 del 1° de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del promotor del litigio, fíjense como agencias en derecho, el equivalente a 2 SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos personales de los apoderados judiciales de las partes.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
CARLOS HERNANDO GIRALDO CARDONA
VS. COLPENSIONES
RAD. 76-001-31-05-007-2021-00512-01

DEMANDANTE: CARLOS HERNANDO GIRALDO CARDONA
APODERADA: LUZ MARINA GALINDO LEDESMA
Lmgalindo60@hotmail.com

DEMANDADO: COLPENSIONES
APODERADO: JUAN GUILLERMO CARMONA CARDONA
jgcarmona.abogado@gmail.com

LITIS: EMCALI E.I.C.E E.S.P.
APODERADA: SHIRLEY SINISTERRA MONTAÑO
shsinisterra@emcali.com.co

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

ALVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado
Rad. 007-2021-00512-01
(Salvamento de voto parcial)



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL**

**ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
CARLOS HERNANDO GIRALDO CARDONA
VS. COLPENSIONES
RAD. 76-001-31-05-007-2021-00512-01**