

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO SARDI APARICIO
DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN
RADICACIÓN: 76001-31-05-005-2015-00080-01
ASUNTO: Apelación sentencia de enero 24 de 2018
ORIGEN: Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Pago de aportes a pensión
DECISIÓN: Revoca parcialmente y modifica

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la Sentencia No. 3 del 24 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS ALBERTO SARDI APARICIO** contra **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**, con radicado No. **76001-31-05-005-2015-00080-01**.

SENTENCIA No. 194

DEMANDA¹. Pretende el promotor de la acción se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, del 8 de octubre de 2002 al 30 de junio de 2003 devengando como salario integral la suma de \$8.000.000 hasta el 31 de diciembre de 2002 y la suma de \$8.640.000 por el periodo laborado en 2003; que la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN sólo lo afilió al otrora ISS, el 25 de febrero de 2003 y reportó un IBC por cuatro días por valor de \$1.152.000, inferior a su salario integral; como consecuencia de ello, se condene a la demandada a cancelar con destino a COLPENSIONES los aportes a pensión sobre el salario real devengado, causado del 8 de octubre de 2002 al 28 de febrero de 2003, al

¹ Fs. 40-46

pago de los perjuicios morales y materiales derivados del incumplimiento, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. y, las costas procesales. Subsidiariamente solicitó que, en caso de no prosperar el pago de los aportes, se condene la demandada a pagar el excedente de la pensión de vejez que corresponda equivalente a los aportes dejados de cancelar y, en caso de no prosperar la sanción moratoria, se ordene la indexación de las sumas reconocidas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 5 de febrero de 1979 se afilió al extinto ISS; que el 8 de octubre de 2002 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN para desempeñar el cargo de asesor, con un salario integral por valor de \$8.000.000, el cual se incrementó el 1º de enero de 2003, a la suma de \$8.640.000; que el contrato de trabajo se dio por terminado el 3 de julio de 2003; que en vigencia de la relación laboral, el empleador le descontó de su salario el valor de los aportes a la seguridad social en salud y pensión, pero cuando inició los trámites ante COLPENSIONES, encontró en su historia laboral que la entidad sólo lo había afiliado a partir del 25 de febrero de 2003 y sólo reportó 4 días en dicho período y, en los subsiguientes, reportó un IBC inferior al salario realmente devengado, sin que a la fecha hubiese cumplido con la obligación de pagar los aportes como corresponde.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN². La entidad contestó la demanda a través de curadora ad litem, quien se opuso a las pretensiones de la demanda en caso de no demostrarse los hechos en que se sustentan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Buena fe; pago y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 3 del 24 de enero de 2018, ordenó a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN pagar los aportes a la seguridad social integral del señor CARLOS ALBERTO SARDI APARICIO, causados entre el 8 de octubre de 2002 y 30 de junio de 2003, con destino a COLPENSIONES y de acuerdo a la liquidación que a satisfacción realice dicha entidad, cuyo monto indexado al 31 de diciembre de 2017 asciende a la suma de \$15.682.855,46; ordenó al señor CARLOS ALBERTO SARDI APARICIO pagar la suma de

² Fs. 152-205 Archivo 01 Expediente Digital

\$5.227.618,49 por concepto de los aportes que son de su competencia; indicó que faltan calcular los intereses moratorios que deberán ser liquidados a satisfacción por COLPENSIONES; absolvió a la demandada de las demás pretensiones y; la condenó en costas procesales.

Para respaldar su decisión, el a quo señaló, en síntesis, previo a mencionar la obligación de afiliación y pago de aportes a la seguridad social conforme las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, la posibilidad de convalidar aportes retroactivos a través del cálculo actuarial cuando por omisión del empleador no se afilia al trabajador al sistema pensional y la causación de intereses moratorios cuando se afilia al trabajador, pero no se paga el aporte dentro de los plazos establecidos, que no puede tener la prescripción como un hecho nuevo como lo pretende el apoderado de la demandada, pues, conforme al principio de preclusión, la excepción debió proponerse dentro de los diez días del traslado de la demanda, por lo que el curador ad litem debió proponer la excepción en su momento. Agregó, que estaba demostrado que las partes suscribieron contrato de trabajo a término indefinido con salario integral, el 8 de octubre de 2002, el cual se terminó el 30 de junio de 2003, pero de acuerdo con la historia laboral que se solicitó a COLPENSIONES, la demandada no había realizado el pago de los aportes a pensión por dicho interregno en favor del demandante, por lo cual debía cancelar dichos aportes de acuerdo a la remuneración mensual pactada para la época y conforme la liquidación y cuantía que determine la AFP; sin embargo, que se debía tener en cuenta que del porcentaje del 16% de la cotización, al empleador le corresponde el 12% y al trabajador el restante 4%, por lo que el demandante debía concurrir al pago del aporte en la proporción que estaba a su cargo. Aclaró que la liquidación que realizó el juzgado era una mera aproximación con efectos informativos, pues era COLPENSIONES quien debía realizar la liquidación a satisfacción. Por último, indicó que las pretensiones relativas al resarcimiento de perjuicios eran improcedentes por falta de prueba, como también la de la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., pues no se alegó la falta de pago de salarios o prestaciones sociales.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La parte **DEMANDANTE** apeló parcialmente la sentencia argumentado que el 4% del aporte que le corresponde cancelar al trabajador, ya había sido descontados por la demandada del salario del actor, pero no se

cancelaron a COLPENSIONES, razón por la que no está de acuerdo con la orden de pago impartida en ese sentido.

La parte **DEMANDADA** también apeló el fallo argumentado que nunca habló de excepción previa o de fondo, sino que lo que manifestó fue que, por ser autónomo el fenómeno de la prescripción contenido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., y acudiendo al artículo 29 de la C.P., teniendo en cuenta que la curadora ad litem no propuso la excepción, se propone, no como excepción, sino como fenómeno especial la prescripción para que sea valorado. Agregó, que la entidad se encuentra incurso en medidas de control y salvamento conforme la Ley 1740 de 2014 y las resoluciones Nos. 841 del 19 de enero de 2015 y 1702 de febrero de 2015, por lo que tiene prohibición de pagar obligaciones correspondientes al 10 de febrero de 2015 y hacia atrás y, en ese sentido, la indexación ordenada transgrede la ley mencionada, como quiera que exista prohibición legal para efectivizar dichas obligaciones. Además, que el Decreto 2070 de octubre de 2015 facultó a la Fundación para citar a sus potenciales acreedores para que presentaran sus reclamaciones entre el 1º y 19 de febrero de 2016, lo cual se notificó a través de edicto, por lo que se debe dar efectividad al fenómeno de la prescripción propuesto en los alegatos de conclusión.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación. La parte demandada guardó silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...*las materias objeto del recurso de apelación...*” de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centran a resolver: **(i)** Si debe declararse la prescripción frente a la obligación de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN de pagar los aportes a pensión en favor del demandante; **(ii)** Si el

señor CARLOS ALBERTO SARDI APARICIO debe concurrir al pago del 4 % del aporte a pensión o si por el contrario la obligación de pago total se encuentra a cargo de la demandada y; **(iii)** Si procede o no ordenar la indexación de la suma a pagar por concepto de aportes a pensión.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente, es necesario resaltar que se encuentra plenamente demostrado dentro del presente asunto: **(i)** Que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, el 8 de octubre de 2002 (f. 10-12); **(ii)** Que el contrato fue terminado por mutuo acuerdo, el 30 de junio de 2003 (f. 13) y; **(iii)** Que en entre octubre y diciembre de 2002, el demandante devengó un salario integral por valor de \$8.000.000 y, entre enero y junio de 2003, devengó por ese concepto la suma de \$8.640.000 (fs. 14-15).

Ahora, en torno al reproche que hace a la sentencia la parte pasiva frente al fenómeno de la prescripción, más allá de que la Sala está de acuerdo con los argumentos esbozados por la jueza de primera instancia, considera pertinente señalar que el planteamiento que hace el recurrente resulta inocuo controvertir la orden de pago de aportes pensionales en favor del promotor de la acción, por la sencilla razón que de vieja data es pacífica la jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto que, tratándose de aportes a pensión, ya sea por omisión en la afiliación o por omisión en el pago por parte del empleador, la acción en cabeza del trabajador para reclamarlos tiene la connotación de ser imprescriptible, como quiera que éstos son un presupuesto indispensable para causar el derecho pensional, el cual tampoco es objeto de verse afectado por el fenómeno extintivo, en tanto que lo único que prescribe son los créditos no reclamados en tiempo que de ese derecho emanan, es decir, las mesadas pensionales.

En la Sentencia SL738-2018, reiterada en la SL2340-2022, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral se indicó, lo siguiente:

“...para la Corte el Tribunal incurrió en otro error jurídico al concluir que, en este caso, la reclamación del actor por los períodos de la relación laboral no cotizados al sistema de pensiones se encontraban afectados por prescripción.

En torno a este punto, en sentencias como las CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, la Corte ha sostenido que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción. En similar dirección, en sentencias como las CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, y CSJ SL2944-2016, señaló que «...el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción...»

Siguiendo esa senda, lo que emerge es que en el hipotético caso de que la curadora ad litem que contestó la demanda en representación de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN hubiese propuesto como medio exceptivo la prescripción, la misma no hubiese tenido vocación de prosperidad, la reclamación de pago de los aportes no realizados por el empleador durante la vigencia de vínculo laboral, como presupuesto indispensable en la construcción del derecho pensional, no son susceptibles de verse afectados por el fenómeno que extingue las obligaciones. En esos términos, no es posible revocar la sentencia como lo pretende el recurrente pasivo.

No obstante, en los términos en que fue impartida la orden a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN de pagar los aportes a la seguridad social integral del demandante causados entre el 8 de octubre de 2002 y 30 de junio de 2003, con destino a COLPENSIONES y de acuerdo con la liquidación que a satisfacción realice dicha entidad, considera la Sala que erró la a quo en ese aspecto, por las razones que se pasan a explicar:

Conforme la historia laboral del señor CARLOS ALBERTO SARDI APARICIO remitida al proceso por COLPENSIONES (fs. 97-100), el actor fue afiliado en calidad de trabajador dependiente por cuenta de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN en febrero de 2003 y en dicho ciclo sólo se reportaron cuatro días, siendo la última cotización efectivamente realizada por el empleador, para el ciclo de junio de 2003. Por tanto, en lo que respecta a los aportes causados desde el 8 de octubre de 2002 hasta el 31 de enero de 2003 y 26 días del mes de febrero de ese mismo año, nos encontramos frente a un caso de falta de afiliación por el cual debe acudir a la figura del cálculo actuarial y no al simple pago de aportes en mora.

Por el contrario, en relación con el aporte generado por los 4 días del ciclo de febrero de 2003, nos encontramos frente a un caso de elusión de aportes, el cual se presenta cuando se realizan los pagos a la seguridad social por un ingreso base de cotización inferior al salario devengado por el

trabajador. En este caso, los empleadores deberán pagar la diferencia resultante en el aporte realizado y el aporte calculado con el IBC que realmente corresponde al trabajador, incluyendo los intereses por mora que liquide la entidad de seguridad social, como quiera que la parte no pagada se considera un aporte en mora. Lo anterior debido que, como se indica en los hechos 1.7 y 1.8 de la demanda (f. 41), para el ciclo de febrero, la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN reportó un IBC por valor de \$1.152.000, pero para esa data el promotor de la acción devengaba un salario integral equivalente a \$8.640.000, es decir que, al tenor del inciso quinto del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el IBC debía corresponder al 70% de ese valor, esto es, la suma de \$6.048.000, tal como lo reportó para los ciclos de marzo a junio de 2003 (f. 99 vto.).

La anterior precisión es de suma importancia en tanto que las consecuencias jurídicas de la falta de afiliación y la mora patronal son completamente diferentes. Sobre ese aspecto existe pacífica línea jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterada recientemente en la Sentencia SL105-2023, en los siguientes términos:

“Por otro lado, conforme se explicó en la sentencia CSJ SL1078-2021, reiterada en la CSJ SL4282-2022, existe diferencia entre la existencia de mora patronal en el pago de aportes a pensión y la omisión de afiliación del trabajador al subsistema, pues la primera ocurre cuando el empleador pese a cumplir con su obligación de vinculación oportuna a seguridad social de su servidor, deja de cancelar total o parcialmente los aportes correspondientes al período laborado, mientras que en la segunda, esa obligación inicial es pretermitida.

Dicha distinción es relevante, toda vez que las obligaciones y sus efectos jurídicos son diferentes, en razón a que, en la hipótesis inicial, esto es, la mora, «la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes», mientras en la segunda, esto es, la ausencia de afiliación, «el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al período omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020)».

Extrapolando las anteriores consideraciones al caso concreto, no resulta procedente que se ordene a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN pagar los aportes en favor del señor CARLOS ALBERTO SARDI APARICIO, sino que, al existir omisión en la afiliación entre 8 de octubre de 2002 y 26 días del mes de febrero de 2003, lo que corresponde es ordenar el pago del cálculo actuar que por dicho período liquide COLPENSIONES, correspondiendo a la demandada adelantar todos los trámites ante la AFP para tales efectos, mientras que por los 4 días cotizados del ciclo de febrero

de 2003, en los que el empleador omitió el pago del aporte con base en el IBC que realmente correspondía al trabajador, lo correcto es ordenar el pago de la fracción en mora del aporte con los respectivos intereses por mora que liquide la AFP, y por los ciclos de marzo a junio de 2003, no existe orden de pago alguna que impartir, como quiera que los aportes por ese interregno fueron correctamente cancelados por la demandada, motivo por el que se modificará la sentencia en ese sentido.

En lo que respecta a la orden de pago dirigida al señor CARLOS ALBERTO SARDI APARICIO por la cuota parte del 4% del aporte a pensión que les corresponde a los trabajadores dependientes, ha de indicarse que le asiste razón al recurrente activo, pues no se percató la a quo que, de acuerdo con la certificación de información de nómina emitida por el Director de Recursos Humanos de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, el 27 de marzo de 2017, al promotor de la acción se le hicieron los respectivos descuentos de su salario por concepto de seguridad social (f. 109).

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que, tratándose de trabajadores dependientes, la obligación de trasladar el aporte pensional a las AFP se encuentra en cabeza del empleador, aunque no hubiese realizado el descuento correspondiente a su subordinado, pues así lo establece expresamente el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, cuando reza que: *“El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”*

Así las cosas, como quiera que el no pago de los aportes pensionales recae exclusivamente en la fundación demandada por su omisión en la afiliación durante toda la vigencia del vínculo laboral y por la elusión en el ciclo de febrero de 2003, en igual sentido la obligación de realizar el pago del cálculo actuarial y de la proporción del aporte en mora se encuentra exclusivamente en cabeza suya, motivo por el cual se revocará parcialmente la sentencia.

Finalmente, frente a la indexación, si bien los argumentos del recurrente pasivo no son los más acertados, como quiera que la suspensión de pagos a la que se refiere el numeral 4° del artículo 14 de la Ley 1740 de 2014, no implica per sé que las obligaciones insolutas en cabeza de la entidad de educación superior no deban ser actualizadas, ha de señalarse que la a quo fue reiterativa en las consideraciones del fallo en cuanto que su liquidación, que incluía la indexación del aporte no pagado, era una mera aproximación

por cuanto la liquidación debía realizarla COLPENSIONES a satisfacción, pero en todo caso, atendiendo la modificación del fallo en cuanto a la orden impartida a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, por sustracción de materia, resulta innecesario que se realicen mayores elucubraciones frente a ese punto de inconformidad.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia de primera instancia será revocada parcialmente y modificada. Sin costas en esta instancia por haber prosperado totalmente el recurso de la parte demandante y parcialmente el recurso de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE y MODIFICAR el numeral **1.** de la Sentencia No. 3 del 24 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así:

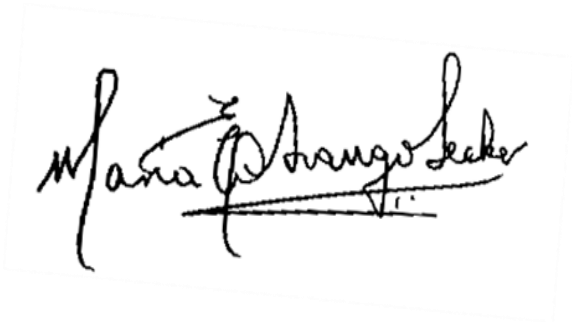
- 1. ORDENAR** a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** que adelante todos los trámites ante **COLPENSIONES** y realice el pago del cálculo actuarial que liquide a satisfacción dicha administradora por los aportes generados desde el 8 de octubre de 2002 hasta 26 días del mes de febrero de 2003, en favor del señor **CARLOS ALBERTO SARDI APARICIO**, teniendo en cuenta un IBC para 2002 de \$5.600.000 y para 2003 de \$6.048.000 y pagar la diferencia resultante entre el aporte cancelado en el ciclo de febrero de 2003 y el aporte calculado con un IBC por valor de \$6.048.000, incluyendo los intereses por mora que liquide a satisfacción la entidad de seguridad social.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO