



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE
JUDICIAL VALLEDUPAR
SALA CIVIL FAMILIA LABORAL**

REF: *Ordinario Laboral*

DEMANDANTE: *Elena Asunción Carpentier Ospina*

DEMANDADO: *Industrias Inca sa.*

RADICADO: *20001-31-05-002-2016-00178- 01. 02*

MAGISTRADO PONENTE

Dr. ALVARO LOPEZ VALERA

APELACIÓN DE AUTO Y SENTENCIA

*Valledupar, febrero once (11) de dos mil
veintidós (2022)*

FALLO:

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, procede la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, a resolver de manera escritural el los recursos de apelación interpuestos y sustentados legalmente por la demandada y demandante en contra del auto del 09 de mayo del 2017 y la sentencia del 23 de enero del 2018, emitidos por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso Ordinario Laboral que Elena Asunción Carpentier Ospina sigue a Industrias Inca sa.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- LA PRETENSIÓN

Elena Asunción Carpentier Ospina, demanda a la Sociedad Industrias Inca sa, para que por los trámites propios

del proceso ordinario laboral se declare que entre ella y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido, del 06 de noviembre del 2000 al 30 de agosto del 2010, y que como la demandada durante ciertos periodos dejó de pagar al sistema las cotizaciones para pensión, se le condene a trasladar en su totalidad el valor correspondiente a los meses de septiembre a diciembre del 2000 y de enero, febrero, abril, mayo y junio del 2001, y así mismo, las diferencias entre lo cotizado y realmente devengado por concepto de salario en los meses de marzo del 2001 y de julio de ese año hasta mayo del 2007, septiembre del 2007 hasta mayo del 2009, agosto del 2009 y enero y junio del 2010.

Finalmente solicita se condene a la demandada a pagarle las costas procesales, incluidas las agencias en derecho.

1.2.- LOS HECHOS

Relatan los hechos de la demanda que, Elena Asunción Carpentier Ospino, laboró en favor de Industrias Inca sas, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, que rigió del 06 de septiembre del 2000, hasta el 30 de agosto del 2010.

Ese contrato de trabajo, lo terminó la empleadora sin que existiera justa causa, no obstante, le pagó a la trabajadora, la indemnización correspondiente.

La demandada no cotizó al Sistema General de Pensiones Porvenir sa, las cotizaciones en favor de Elena

Asunción Carpentier Ospino, durante los meses de septiembre a diciembre del 2000, ni los correspondientes a los meses de enero a junio del 2001.

Industrias Inca sas, efectuó las cotizaciones en pensión que le correspondía en favor de su trabajadora hoy demandante de manera incompleta en los siguientes periodos:

- Marzo del 2001, devengaba*
- Julio del 2001 a mayo del 2007*
- Septiembre de 2007 a mayo del 2009*
- Agosto del 2009, y*
- De enero a junio del 2010.*

Lo anterior debido a que en esos periodos la empleadora siempre reportó un Ingreso Base de Cotización muy inferior al salario realmente devengado por Elena Asunción Carpentier Ospino.

1.3.- ACTUACIÓN

La demanda fue admitida por medio de auto del 08 de septiembre del 2016, ordenando la vinculación como litisconsorte necesario del fondo de pensiones Porvenir sa.

Una vez notificada la demandada Industrias Inca sa, la contestó aceptando algunos hechos y negando otros, con oposición a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando en síntesis que en efecto entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 06 de septiembre del 2000, hasta el 30 de agosto del 2010, y que dicho contrato terminó sin justa causa por lo que se le pagó a la ex trabajadora la correspondiente indemnización; y que

siempre pagó de manera completa todas y cada una de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión que le correspondían a la demandante.

Aunado a lo anterior adujo esa demandada que las partes inicialmente acordaron un salario de \$1.800.000 y posteriormente, pactaron adicionarle una suma variable por concepto de comisiones.

En su defensa propuso la excepción previa de 'prescripción, y las de mérito que denominó "cobro de lo no debido", inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada", "prescripción", "buena fe" y "Compensación".

Por su parte la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir sa, contestó la demanda manifestado no constarle los hechos de la demanda y que no se opone ni se allana a las pretensiones de la misma.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó "inexistencia de la obligación", "falta de causa para pedir" y "buena fe".

En audiencia del 09 de mayo del 2017, el a quo, resolvió la excepción previa de prescripción propuesta por Industrias Inca, declarándola no probada, argumentando en síntesis que el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión, como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión es imprescriptible.

Inconforme con esa decisión la apoderada judicial de industrias Inca sa, interpuso recurso de reposición y de apelación, contra la misma, manifestando que la diferencia salarial que persigue la demandante si está sujeta a las reglas de prescripción y que eso debe diferenciarse de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, que su cobro si es imprescriptible.

Al resolver el recurso de reposición el juez de primer grado decidió no reponer su decisión y al ser procedente concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

La primera instancia culminó con sentencia absolutoria del 23 de enero del 2018,

1.4.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

Después de historiar el proceso, y valorar el material probatorio que obra en el mismo, el juez de primera instancia profirió sentencia mediante la cual, al no existir controversia al respecto declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre Elena Asunción Carpentier Ospina e Industrias Inca SAS, durante el periodo comprendido del 06 de septiembre del 2000 al 30 de agosto del 2010.

No obstante, a lo anterior, absolvió a la demandada de las pretensiones de condenas incoadas por la demandante, eso al considerar que demostrado está haber pagado las cotizaciones al sistema de seguridad social.

Aunado a lo anterior, también consideró el juez de instancia no haber comprobado el pago incompleto de las cotizaciones realizadas por la demandada en los periodos: marzo del 2001, julio del 2001 a mayo del 2007, septiembre del 2007 a mayo del 2009, agosto del 2009 y de enero a junio del 2010, en tanto se hizo con base en lo constitutivo de salario, pues mal se podían tener en cuenta algunos valores pagados a la demandante, valores que no recibían esa denominación.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN QUE SE DECIDE.

Inconforme con esa sentencia, la apoderada judicial de la demandante, interpuso recurso de apelación, contra la misma, solicitando la revocatoria total, que en su lugar se concedan las pretensión de la demanda, sustentando ese pedimento en que la demandada en los periodos descritos en la demanda no efectuó las cotizaciones sobre el salario realmente devengado, ya que los viáticos pagados mensualmente eran habituales y permanentes, por tanto constitutivos de salario y debían tenerse en cuenta para cotizar.

II.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con la expedición de la Ley 712 de 2001, varió sustancialmente, el tema de competencia del ad quem en lo referente al recurso de apelación, que sea propuesto en contra de las sentencias de primer grado, dado que de acuerdo con su artículo 35, por medio del cual fue adicionado el artículo 66A del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad social, es a las

partes a quienes corresponde delimitar expresamente las materias a que se contrae expresamente ese recurso.

Se comprueba que los presupuestos procesales están más que cumplidos y que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento, ni en primera ni en segunda instancia, ni las partes alegaron en tal sentido.

De los antecedentes planteados se tiene que, el primer problema jurídico puesto a consideración de esta Sala, se contrae a determinar si fue o no acertada la decisión del juez de instancia de no declarar probada la excepción previa de prescripción, al considerar que la acción para reclamar la omisión en el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones por su naturaleza es imprescriptible o si por el contrario se debe declarar probada como lo exige la demandada con su recurso.

La respuesta que se le dará a ese planteamiento será la de acierto, toda vez que conforme a la jurisprudencia vertical de la Sala de Cesación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, no está sometida a prescripción, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión.

Al contestar la demanda Industrias Inca sas, propuso la excepción previa de prescripción, argumentando que la relación laboral que tuvo con la demandante terminó el 30 de

agosto del 2010, y la actora presentó la demanda 6 años después (6 de septiembre del 2016), sin previamente hacer reclamación, al respecto, por lo que cualquier posible derecho en favor de Elena Asunción Carpentier Ospino se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción.

Revisada las pretensiones de la demanda, la sala observa que la demandante pretende:

“Que se conde a INDUSTRIAS INCA SAS, a efectuar a favor de la señora ELENA ASUNCION CARPINTIER OSPINO, lo siguiente:

2.1. Las cotizaciones al Sistema General de Pensiones al cual se encontraba afiliada la Señora Elena Asunción Carpentier Ospino, Fondo de Pensiones Obligatorios BBVA Horizonte, hoy 'PORVENIR SA, respecto de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2000 y en enero, febrero, abril, mayo y junio del año 2001.

2.2. las diferencias entre lo cotizado y lo que realmente debió cotizarse conforme el verdadero salario devengado, al Sistema General de Pensiones al cual se encontraba afiliada la Señora Elena Asunción Carpentier Ospino, Fondo de Pensiones Obligatorios BBVA Horizonte, hoy 'PORVENIR SA, en los meses de: marzo de 2001, julio de 2001 hasta mayo, inclusive de 2007, de septiembre del 2007 hasta mayo 31 de 2009, agosto de 2009 y enero a junio de 2010”.

De la lectura de esas pretensiones, que están encaminadas a obtener que la demandada sea condenada a trasladar al fondo de pensiones el monto total de unas cotizaciones y la diferencia de otras, que se presenta por no haberse hecho su liquidación con base en el real salario.

Siendo lo anterior de esa manera, resulta imperioso decir que por tratarse de aportes pensionales, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción como lo aduce la demandada. 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, 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...”.

Por lo anteriormente expuesto, para la sala es claro que dada la naturaleza de los derechos que Elena Asunción Carpentier, persigue con su demanda, los mismos son imprescriptibles, y como a esa fue la conclusión a la que llegó el juez de primer grado en la decisión acusada, la misma será confirmada en su totalidad.

El segundo problema jurídico puesto a consideración de esta Sala se centra en establecer si fue acertada la decisión del a quo, de absolver a Industrias Inca sas, de pagar diferencias por concepto de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, o si por el contrario

está obligado a hacerlo al haber reportado un IBC inferior al que realmente devengaba la demandante, como quiera que no se incluyó unos factores salariales; tal y como esta lo afirma en el sustento de su recurso de alzada.

La respuesta que se le dará a ese planteamiento será la de confirmar la decisión de primera instancia, en tanto que no existe en el presente asunto los supuestos facticos y probatorios para acceder a las pretensiones incoadas en la demanda.

El artículo 18 de la ley 100 de 1993, establece que:

“la base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será e salario mensual.

El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo de Trabajo...”.

Por su parte el artículo 127 del CST, dispone que:

“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

Ese mismo compendio normativo, en su artículo 128, establece que:

“No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”

De las normas sustanciales referidas, se desprende entonces que por regla general, todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que:

- 1. Se trate de prestaciones sociales*
- 2. Sean sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones*
- 3. Se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador*
- 4. Los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos*

accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación, y

5. Las sumas que las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

En el presente asunto, con su demanda Elena Asunción Carpintier Ospino, no manifiesta cual emolumento a ella pagado dejó de ser tenido en cuenta como factor salarial y por ende no se tuvo en cuenta como IBC a la hora de efectuar las cotizaciones en los periodos descritos en los hechos de la demanda, y tampoco se probó en el proceso los valores que dice aduce en la apelación recibía mensualmente, dado que si bien entre folios 27 a 83, la demandante allegó unos desprendibles de nómina, los mismos no se encuentran firmados por algún representante de la sociedad Industrias Inca sa, y en la demanda no se le atribuye su elaboración a la demandada, dado que en el acápite de pruebas solo se dice: “Documentales: 8). Comprobantes de pago de nómina desde septiembre de 200 hasta agosto de 2010”, sin manifestar siquiera que los mismos fueron elaborados por la aquí demandada.

Recuerda la sala que conforme al artículo 244 del CGP, aplicable al tramite laboral en virtud del artículo 145 del CPT y ss, “es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento”. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL13696-2016 reiterada en la CSJ SL2176-2017, expresó:

“ (...) documentos como el de folio 50, que menciona la censura como inapreciado, no están firmados o manuscritos por la parte contra quien se oponen, por manera que carecen de mérito probatorio, en virtud de lo normado por el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso laboral en los términos del artículo 145 del procesal del trabajo”.

Por la anterior situación, mal podría esta corporación darles valor probatorio a unos documentos cuyo contenido no cumple con las exigencias legales que le permita ser oponible a la convocada como parte demandada.

En este orden de ideas, al carecer el presente proceso de fundamentos facticos y probatorios, necesariamente impide que salgan avante las pretensiones de la demanda, por cuanto a que si bien va dirigida a que se condene a Industrias Inca sa, a pagar “la diferencia entre lo cotizado y lo que realmente debió cotizarse conforme el verdadero salario devengado, al Sistema General de Pensiones al cual se encontraba afiliada la señora ELENA ASUNCION CARPINTIER OSPINO, Fondo de Pensiones de julio de 2001 hasta mayo inclusive de 2007, de septiembre de 2007 hasta mayo 31 de 2009, agosto de 2009 y de enero a junio de 2010”, lo cierto es que en los hechos de la misma demanda no se expresa en que radica esa diferencia y mucho menos se aportó prueba alguna en con la que esta sala pueda inferir tal situación, dado que se itera los instrumentos aportados con la demanda no cuentan con la suficiencia probatoria que la ley exige para acreditar su autenticidad.

Por todo lo dicho, se confirmará en su integridad la sentencia acusada, no por las razones expuestas en ella; sino por las aquí anotadas.

No se impondrán costas en esta instancia al no haberse causado.

Por lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Segunda Civil – Familia – Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: *Confirmar en su integridad el auto proferido el 09 de mayo del 2007, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar.*

SEGUNDO: *Confirmar en su integridad la sentencia proferida el 23 de enero del 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar.*

TERCERO: *Sin costas en esta instancia al no haberse causado.*

CUARTO: *Una vez ejecutoriada esta sentencia, vuelva el expediente al juzgado de origen.*

Esta decisión se adoptó en sala virtual de la fecha, en atención a la medida que el Consejo Superior de la Judicatura dispuso en Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de

marzo de 2020, relativa al trabajo en casa, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, ante la presencia de la pandemia provocada por la enfermedad conocida como COVID-19

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ALVARO LÓPEZ VALERA

Magistrado Ponente



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH

Magistrado

(impedido)

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUAREZ

Magistrado.