

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

## TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA  
PROCESO ORDINARIO LABORAL  
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2019-00182-00  
Partida Tribunal: 19008  
Demandante: ANA MERCEDES VELASCO DE PEÑA  
Demandada (o): COLPENSIONES  
Tema: RETROACTIVO PENSIÓN DE VEJEZ.

### **MAGISTRADO PONENTE Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

San José de Cúcuta, treinta (30) de junio dos mil veintiuno (2021),

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 12 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2019-00182-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19008 promovido por la señora ANA MERCEDES VELASCO DE PEÑA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

### **I. ANTECEDENTES**

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, demanda a la entidad anteriormente mencionada, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se ordene a COLPENSIONES, el pago del retroactivo pensional de vejez a partir del 8 de enero de 2006 hasta el 1º de febrero de 2016 fecha en la cual fue incluida en nómina, al pago de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a la indexación de las sumas adeudadas, al uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de costas procesales.

## **II. HECHOS**

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos vistos a folios 82 a 100 del expediente, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: Que nació el 8 de enero de 1951 cumpliendo los 55 años el mismo día y mes del año 2006; que se vinculó al RPMPD y para el 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, que desde el mes de agosto de 2006 solicitó el reconocimiento de la pensión ante COLPENSIONES pero en varias oportunidades fue negada por cumplimiento de semanas de cotización, solo hasta la resolución GNR 35828 del 2 de febrero de 2016 la administradora de pensiones demandada decidió reconocer la prestación desde el 1º de febrero de 2016 en cuantía de un SMMLV, alegando 947 semanas de cotización; que interpuso recursos en repetidas ocasiones considerando que sumando las 1272.85 dejados de pagar por el empleador Hogares Comunitarios Fami Patio Centro desde el 1º de junio de 1991 hasta el 28 de febrero de 2016, arrojaría un total de 2220.43 semanas en la historia laboral tendría derecho al reconocimiento de la prestación como lo dispone el art. 12 del Decreto 758 de 1990 desde el 8 de enero de 2006.

## **III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA**

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, ésta dio contestación admitiendo parcialmente los hechos; se opuso a la totalidad de pretensiones aduciendo que la demandante no tiene derecho al reconocimiento del pago de la pensión de vejez desde el 8 de enero de 2006 toda vez que no efectuó la desafiliación al sistema pensional y el ultimo aporte fue el 31 de diciembre de 2015. Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación pretendida, el cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación de pago de intereses moratorios, buena fe de la entidad demandada, prescripción y la innominada o genérica.

## **IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 12 de junio de 2020, resolvió declarar probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, y en consecuencia la ABSOLVIÓ de las pretensiones incoadas en su contra.

Fundamentó el juez A quo su decisión, señalado que conforme con las pruebas aportadas, la demandante cumplió con los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990 al ser beneficiaria del régimen de transición, sólo hasta en el mes de diciembre de 2015, cuando efectivamente pagó la mora al sistema pensional en calidad de independiente y se retiró del mismo.

## **V. APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

La parte demandante no se encontró de acuerdo con la anterior sentencia, por lo que interpuso recurso de apelación en contra de la misma, manifestando que, de conformidad con el precedente jurisprudencial previsto en la sentencia T-379/2017 proferida por la Corte Constitucional, el periodo de mora patronal debe ser reconocido por las administradoras de pensiones quienes tienen la acción de recobro, por lo que, dicho periodo debe ser sumado para el reconocimiento de las prestaciones.

Que la demandante cumplió desde el mes de enero de 2006 los requisitos de edad y semanas mínimas de cotización según lo dispuesto en el art. 12 del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, porque el conflicto fue la omisión por parte de los empleadores, de los cuales se solicitó una investigación administrativa, y la entidad hizo caso omiso de esas solicitudes, razón por la cual, llevó a la trabajadora a seguir cotizando al sistema, en medio de ese desconocimiento por parte del empleador del deber de pagar esas semanas, ella se vio obligada, incurriendo en el error de continuar cotizando al sistema.

Que además de la obligación que le corresponde a COLPENSIONES de pagar el retroactivo pensional, deberá reliquidar la mesada ante el aumento de las semanas de cotización.

## **VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

**COLPENSIONES** ratifica lo dicho en primera instancia, alegando que no es procedente acceder al reconocimiento del retroactivo de la pensión de vejez, porque no se acredita la desafiliación en el 2007 de la señora ANA MERCEDES VELASCO PEÑA.

Que si bien es cierto demandante mantuvo el vínculo laboral con su empleador ASOCIACIÓN DE HOGARES PADRES COMUNITARIOS PATIO CENTRO, hasta el **31 de diciembre de 2015**, tal y como consta en la certificación que se encuentra dentro del plenario, pero no se procedió a efectuar la desafiliación al sistema de pensiones, con la correspondiente novedad de Retiro; sobre este punto, trae a colación lo dicho por la sala laboral de la Corte suprema de Justicia mediante sentencia N° 35211 del 09

de septiembre del 2009, magistrado ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.

**El apoderado judicial de la demandante**, sostiene que la señora ANA MERCEDES VELASCO DE PEÑA, el 08 de enero de 2006, cumplió con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, y a pesar de haber cotizado a Colpensiones a través de los números de afiliación 140.100.736 - 937. 230.193, y demostrar ser beneficiario del régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, al 1 de abril de 1994, completaba más de 43 años, 02 mes y 23 días de edad, su **derecho pensional le fue negado en forma reiterada y sistemática por Colpensiones**, cuántas veces solicito su reconocimiento y pago.

Que durante muchos años o periodos NO fue afiliada a la Seguridad Social Integral en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales y, Colpensiones por sus desaciertos en mantener activa y vigente la historia laboral no permitía que todas las semanas cotizadas estuviesen cargadas a su historia laboral pues cada vez que se solicitaba una historia laboral o semanas cotizadas o se solicitaba el reconocimiento de la pensión de vejez, **esta entidad señalaba una inconsistencia en su historia laboral que aumentaba en la medida en que se solicitaba sus correcciones**, a pesar que desde un comienzo reunía los requisitos que establece el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el Decreto 758 de 1.990, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993.

Que las inconsistencias daban cuenta y señalaban semanas cotizadas en cada evento como por ejemplo en la Resolución No. 4281 del 30-04-2007, se reconocen 519 semanas en toda su vida laboral, en la Resolución No. 001438 del 26-02-2009, se reconocen 626 semanas en toda su vida laboral de las cuales 460 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, en la Resolución No. 102549 del 30-06-2011, se reconocen 644 semanas en toda su vida laboral de las cuales 480 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y en la Resolución No. GNR 028385 del 07-03-2013, se reconocen 648 semanas en toda su vida laboral, en la Resolución No. GNR 35828 del 02-02- 2016, se reconocen 947 semanas en toda su vida laboral, en las Resoluciones No. GNR 95667 del 05-04-2016 y VPB 23026 del 24-05-2016, se reconocen 951 semanas en toda su vida laboral, nuevamente en las Resoluciones No. GNR 1455 del 04-01-2017 y No. GNR 52877 del 17-02-2017, se reconocen 946 semanas en toda su vida laboral, de la señora ANA MERCEDES VELASCO DE PEÑA, es decir son aberrantes las inconsistencias, aumentan y bajan, suman y restan semanas a la demandante, en detrimento y perjuicio de su aspiración a acceder a la pensión de vejez. Por tales inconsistencias y errores VIÉNDOSE obligada a continuar cotizando incluso de pagar de su propio pecunio tiempos

y semanas de una omisión de pago de aportes por negligencia de los patronos, empleadores y de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, en resumidas cuentas, las semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad son las siguientes:

## **VII. CONSIDERACIONES**

En virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CST y de conformidad con lo manifestado por la parte demandante en su recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si la señora ANA MERCEDES VELASCO DE PEÑA tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-le reconozca el retroactivo de la pensión de vejez desde el 8 de enero de 2006 y la reliquidación de su mesada pensional bajo los preceptos del Decreto 758 de 1990.

Se tendrán en cuenta los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por la parte demandada de conformidad con los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S.

Se tiene en primer lugar, que no existe discusión en que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a la señora Ana Mercedes Velasco de Peña mediante resolución No. GNR 35828-2 de febrero de 2017 (fls. 71-77 cdo ppal.), efectiva, a partir del 1º de febrero de 2016 por un valor **de \$684.455** por cumplir con lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo 01 de 2005 y los arts. 12, 13, 20 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 al reunir un total de **947** semanas de cotización.

Así las cosas, se hace importante recordar, que el Juez A quo argumentó que, de conformidad con las pruebas aportadas al plenario, la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, la actualización de la historia laboral en pensiones sólo fue efectiva cuando la afiliada pagó los meses en mora en el mes de octubre de 2015, además, al dejar de cotizar en el mes de enero de 2016, la mesada pensional se disfrutaría a partir del mes de febrero de 2016 tal como lo determinó COLPENSIONES.

En oposición parcial a lo expuesto, el apoderado judicial de la demandante alega que las semanas de cotización en mora no estuvieron reportadas en calidad de trabajadora independiente, sino con afiliación dependiente con la empresa MADERAS, pero por petición expresa, la señora Velasco de Peña

fue obligada a pagar esa mora; que dicho conflicto fue puesto en conocimiento ante COLPENSIONES, pero que ésta omitió realizar la respectiva investigación administrativa; que la demandante cumplió todos los requisitos de semanas y edad mínima, desde el 8 de enero de 2006, razón por la que, considera que tiene derecho al retroactivo pensional y la respectiva reliquidación por la contabilización de las semanas adicionales.

### **Mora en el pago de la cotización a pensión.**

Respecto a la mora en el pago de aportes a pensión, la Honorable Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos ha señalado que, se deberán tener como válidas las semanas cotizadas siempre y cuando la administradora de pensiones no acredite el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro (Ver sentencias SL16715 del 5 de noviembre de 2014 M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, SL14388 del 20 de octubre de 2015 M.P. Rigoberto Echeverry Bueno y SL16086 del 20 de octubre de 2015 M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas).

Conforme lo anterior, en el caso de un **trabajador dependiente afiliado al sistema de seguridad social en pensiones**, las cotizaciones se causan con la efectiva prestación del servicio, independientemente que el empleador se encuentre en mora con el pago de las mismas (sentencias SL 34256 de 10 febrero de 2009, SL9808-2015 y SL13276-2015), criterio que acompasa con lo previsto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 17 y 22 de la misma disposición.

En conclusión, la existencia de semanas de cotización en mora no es razón para negar el derecho pensional deprecado, por cuanto no pueden trasladársele al asegurado las consecuencias de la omisión del empleador en el pago de los aportes, sin que la entidad administradora de pensiones demuestre que realizó el cobro de lo adeudado en debida forma, es decir, como lo ordena el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Así pues, el trabajador dependiente cumple con su deber de cotizar, realizando la labor para la que fue contratado, y es al empleador, con posterioridad a la afiliación, a quien, de conformidad con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le corresponde realizar el pago a la administradora pensional. De no hacerlo en término se generan unos intereses moratorios.

En virtud de lo expuesto, la labor del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones no consiste en el simple recaudo de los aportes, sino que, como administradora de esos recursos, tenía la obligación legal de vigilancia, a fin de que estos se hicieran efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes.

Similar posición ha sostenido la Corte Constitucional, en especial, en la sentencia T-300-2014, en donde indicó:

“En conclusión, la falta de pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador, o la negligencia en el uso de las herramientas de cobro por parte de las administradoras de pensiones, no pueden servir de argumento para negar el reconocimiento y pago de una prestación pensional, pues de lo contrario correría el trabajador con las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal de su empleador y con la correlativa falta de acción de la AFP encargada de cobrar los pagos no efectuados en tiempo por el empleador. En consecuencia, el empleado no debe asumir la ineficiencia de la entidad administradora en el cobro de dichos aportes, y esta última no puede alegar a su favor la propia negligencia en perjuicio del trabajador, toda vez que él es ajeno a dicha situación”.

### **Caso en concreto.**

De esta manera, se procederá a revisar las pruebas documentales aportadas, con el fin de establecer, si COLPENSIONES omitió la sumatoria de tiempos de servicios en calidad de afiliada dependiente como lo alega el recurrente para los **años 1982-1988**, en aras a determinar si tiene derecho al retroactivo pensional desde el 8 de enero de 2006 y/o a la reliquidación de la mesada según lo alegado por el apoderado judicial recurrente; o de lo contrario, “*el tiempo de servicio en mora*”, fue pagado de forma voluntaria por la demandante con la finalidad de recuperar las semanas hasta el mes de octubre del 2015, razón por la que, la prestación se disfrutaría sólo hasta el mes siguiente del último pago reportado, es decir, desde el mes de febrero de 2016, como lo aseguró la administradora de pensiones y lo resolvió el Juez A quo, en este caso, la sumatoria de dicho lapso, sería dada para el momento del pago respectivo.

Revisadas las pruebas, se encuentra acreditado, que la demandante para el 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad (fecha nacimiento 8 de enero de 1951), es decir, es beneficiaria del régimen de transición previsto en

el art. 36 de la Ley 100 de 1993, luego entonces, para acceder al reconocimiento de la pensión, el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 dispone que deberá cumplir 55 años de edad si es mujer, condición que los cumplió el 8 de enero de 2006 y, reunir 500 semanas en los 20 años antes del cumplimiento de la edad y/o 1000 en cualquier época, última exigencia que sostiene, cumplió el 8 de enero de 2006 (**más de 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad -8 de enero de 1986 al 8 enero de 2006-**), ya que los periodos de mora con la empresa COMPAÑÍA ANDINA DE MADERAS debían asumírselos la administradora para efectos de la pensión.

Según los documentos obrantes al plenario, la primera solicitud para el reconocimiento pensional al ISS, **fue el 10 de agosto de 2006,** cuando se encontraba como afiliada independiente (fls.5-6), el ISS negó la prestación porque la demandante no había aportado el registro civil de nacimiento o su copia autenticada, decisión que notificó el **9 de julio de 2007** (fls.5-6).

Luego, la demandante solicitó el **16 julio de 2007,** la pensión de vejez, para esta fecha, la señora VELASCO DE PEÑA **reportaba como último pago al sistema pensional, el 14 de febrero de 2007 como independiente,** es decir, había dejado de cotizar 5 meses anteriores ante la expectativa del reconocimiento de la prestación y, el ISS hoy COLPENSIONES, mediante resolución No. 009760 notificada el 31 de enero de 2008 (fl.4), negó la prestación con el argumento de tener cotizado solo **498 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, y 662 en todo el tiempo.**

Luego, mediante petición del 7 de noviembre de 2008, el ISS negó nuevamente la pensión de vejez, argumentando que la afiliada contaba con **626 semanas, de las cuales, 460 correspondía a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.** (fl.3).

Se hace importante señalar, que las cotizaciones con afiliación **INDEPENDIENTE,** del 1º de octubre de 1996 hasta el 14 de febrero de 2007 (481.14 semanas), se encuentran pagadas en los respectivos meses sin presentar mora mediante el régimen subsidiado y sin observaciones al respecto; hecho que fue confirmado por COLPENSIONES en el oficio SEM2017-63134 del 23 de febrero de 2017 visto a folios 7-8 del expediente; además, se hace necesario indicar que el periodo sobre el cual se orienta la norma aplicable prevista en el ar. 12 del Acuerdo 049 de 1990, estaría entre el **8 de enero de 1986 hasta el 8 de enero de 2006,** es decir, en este lapso

la señora Velasco de Peña debía cumplir las 500 semanas o más de aportes al sistema pensional para acceder a la pensión consecuente con el retroactivo solicitado.

En razón de lo anterior y analizando las respuestas dadas por la administradora de pensiones demandada, el último aporte a pensión por parte de la demandante, fue en el mes de febrero de 2007, alegando COLPENSIONES que entre el **8 de enero de 1986 hasta el 8 de enero de 2006**, sólo contaba primero con 498 semanas y luego con 460 semanas; circunstancia que, hace referencia a la actualización, custodia y corrección de la historia laboral del afiliado, obligación que le compete únicamente a la administradora de pensiones, según la posición constante y reiterada de la Corte Constitucional, respecto al manejo de la información y los soportes que integran la historia laboral, en cuanto a “(i) la custodia, conservación y guarda de la información que soporta las cotizaciones; (ii) consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada en las historias laborales; (iii) brindar respuestas oportunas y completas a las solicitudes de información, corrección o actualización de la historia laboral que formulen los afiliados al Sistema General de Pensiones y, (iv) respeto por el acto propio.” (Ver sentencia T-319/2017); posición concordante con lo dispuesto en la Ley 1784 de 2014 y ratificada en la sentencia T-079-2016.

De otro lado, la demandante solicitó en reiterados comunicados y por tutela, la corrección de su historia laboral, a lo que, COLPENSIONES mediante comunicado del **28 de septiembre de 2015 (fls.14-15)**, le informó:

*“...tiene la posibilidad de recuperar los tiempos de cotización requeridos por la ley, debido al incumplimiento de las obligaciones de un tercero, cuando el empleador con el que laboró, que efectuó su afiliación o reportó la novedad de ingreso-vínculo laboral al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por COLPENSIONES ha desaparecido, se ha declarado o ha sido declarado insolvente y se registra deuda por no pago de los aportes generados.*

*De acuerdo a lo consagrado en el Decreto 2665 de 1988, los trabajadores dependientes que por razón de la mora en el pago de los aportes por parte del empleador no alcanzaron a cumplir el requisito de tiempo cotizado para adquirir la pensión de vejez o invalidez, tienen la posibilidad de cancelar el valor correspondiente a los aportes en mora con sus respectivos intereses, a fin de cumplir con los requisitos señalados en la ley para adquirir dichas prestaciones*

*La realización de los pagos en comento es de carácter voluntario, al ser solo una opción que tiene el afiliado de completar los tiempos de cotización requeridos por la ley, evitando perder una prestación económica por las obligaciones de un tercero y solo procede cuando:*

- *El empleador ha desaparecido al momento de elevarse la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez, de jubilación o invalidez y no tenía el carácter de entidad pública*
- *Por falta de dichas cotizaciones en su historia laboral, el afiliado pierde el derecho de vejez o invalidez*

*Por tanto, cuando los empleadores omiten reportar la novedad de retiro al finalizar la relación laboral, no existe evidencia de la cesación de las obligaciones del empleador frente a los aportes de la pensión, motivo por el cual, se genera una deuda debido a que el sistema presume que la relación laboral aún persiste y que el empleador ha incumplido con el pago, deuda que no tiene soportes materiales como quiera que la relación ha finalizado...”*

Posteriormente, el 13 de octubre de 2015 COLPENSIONES (fls.13 y reverso), reitera la comunicación anterior, señalando: “...cuando los empleadores omiten reportar la novedad de retiro al finalizar la relación laboral, no existe evidencia de la cesación de las obligaciones del empleador frente a los aportes a pensión, motivo por el cual se genera una deuda debido a que el sistema presume que la relación laboral aún persiste y que el empleador ha incumplido con el pago...(...)conforme a lo preceptuado en la Circular No. 03 de 2013...se solicitó a la ciudadana que adjuntara a la solicitud de recuperación de semanas lo siguientes documentos...”.

En cumplimiento de lo anterior, la demandante a través de su apoderado judicial presentó el día 20 de octubre de 2015 ante COLPENSIONES, “...un folio original de **COMPROBANTE PARA PAGO-RECUPERACIÓN DE SEMANAS**, por valor de \$468.373...”, visto a folio 40 del expediente, documento sobre el cual, el Juez A quo fundamentó su decisión, al sostener que, la mesada pensional a favor de la demandante, sólo podía ser disfrutada posterior al cumplimiento de la obligación de pago y a partir del mes siguiente de la última cotización.

De esta manera, COLPENSIONES el día 16 de diciembre de 2015 informó a la afiliada mediante oficio visto a folios 18-19 del expediente, que había ejecutado “...los procesos de corrección y/o actualización de historia laboral de la afiliada a los que hubo lugar, quedando cargados los aportes a pensión con el empleador **COMPAÑÍA ANDINA DE MADERAS Patronal No. 14012500045** para los ciclos 1982/08/09 a 1988/06/21...”

Así las cosas, el día 10 de diciembre de 2015 la demandante solicitó por sexta vez, el reconocimiento pensional ante COLPENSIONES, quien mediante Resolución GNR 35828 notificada el 8 de febrero de 2016 reconoció la

prestación y determinó un total de 947 semanas de cotización desde el 9 de agosto de 1982 hasta el 31 de diciembre de 2015, con afiliaciones como dependiente con el empleador COMPAÑÍA ANDINA DE MADERA y APHB CORDIALIDAD PATIOS, y como afiliación como INDEPENDIENTE; mesada pensional que pagó desde el 1º de febrero de 2016 por valor de \$689.455 mensual. (fls.70-72). Decisión que confirmó en las resoluciones GNR 95667 del 5 de abril de 2016 y VPB 23026 del 24 de mayo de 2016 (fls.59-69).

### **Decisión.**

En este sentido, la Sala considera que las razones expuestas por el apoderado judicial recurrente, son acertadas, ante el error en la valoración del caudal probatorio por parte del Juez A quo, aunado a la interpretación inequívoca del ordenamiento jurídico respecto a la mora en el pago de las cotizaciones en pensión, todo ello, conforme a los siguientes argumentos:

En primer lugar, recogiendo lo dicho en renglones anteriores, la MORA en el pago de las cotizaciones en pensión de un trabajador DEPENDIENTE, no la debe asumir el afiliado, porque el legislador ha dispuesto la acción de cobro a las administradoras de pensiones para obtener las sumas adeudadas, ante la omisión de realizar dicho procedimiento, en este caso COLPENSIONES, no puede negar la sumatoria del tiempo de servicio prestado por la afiliada y deberá contabilizarlo para efectos de reconocimiento pensional.

En este asunto, COLPENSIONES alegó en el año 2007, que la demandante era beneficiaria del régimen de transición (fecha de nacimiento: 8 de enero de 1951), pero que no cumplía con el requisito de las semanas mínimas de cotización, porque sólo contaba con 498 semanas de cotización durante los 20 últimos años al cumplimiento de la edad, es decir, en el lapso del 8 de enero de 1986 hasta el 8 de enero de 2006.

Al revisar en forma exhaustiva el material probatorio, se demostró que el tiempo aportado como trabajadora INDEPENDIENTE desde el 1 de octubre de 1996 hasta el 8 de enero de 2006 (cumplimiento de los 55 años de edad), la señora Ana Mercedes Velasco de Peña reunía un total de 3368 días equivalentes **a 481,14 semanas**; sumado a ello, en calidad de trabajadora DEPENDIENTE, el empleador APHB CORDIALIDAD PATIOS aportó desde

el 1º de octubre de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, 12.14 semanas de cotización, para un total de **493,28 semanas**, suma que no alcanzaba para completar las 500 semanas, razón por la que, COLPENSIONES consideró que a pesar de existir una **AFILIACIÓN VÁLIDA** en el sistema general de pensiones con la EMPRESA COMPAÑÍA ANDINA DE MADERA número patronal 14012500045; **el empleador se encontraba en mora y no había reportado la desafiliación al sistema**, por lo que, el tiempo de servicio no PODÍA SER CONTABILIZADO, teniendo como fundamento lo previsto en el Decreto 2665 de 1988.

No obstante, en lo que respecta al Decreto 2665 de 1988 que contiene el reglamento general de sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales, conviene agregar, que en relación con lo previsto en sus artículos 73 y 75 que tienen que ver con las deudas irrecuperables y a la declaración de incobrables, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 19 de mayo de 2009 con radicado 35777, reiterada en la del 14 de junio de 2011 radicación 41023, rad. 44190 del 23 de octubre de 2012 entre otras; se precisó:

“(....) Las cotizaciones causadas consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente.

(...)

Se ha de indicar que las normas que regulan el proceso de recaudo contenidas en el Decreto 2665 de 1988 mantienen su vigencia, por la remisión que a ella hace el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, y puesto que, si bien se han expedido reglamentos sobre afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.

(...)

Así, entonces, la Sala ha de precisar los alcances de su jurisprudencia sobre las consecuencias de la falta de diligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de cotizaciones, a falta de esa declaración las cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones del afiliado, de diferente manera según el riesgo o de la prestación de que se trate.

Para la pensión de vejez las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su inexistencia...”

Lo que significa que, **si no hay una gestión de cobro**, no puede existir la declaratoria de **“deuda incobrable”** y por contera, no se surten los efectos del ya citado artículo 75 del Decreto 2665 de 1988.

Por lo precedente, al concurrir las obligaciones de los empleadores (pago de aportes) y las administradoras de pensiones (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al trabajador afiliado, que, habiendo cumplido con lo propio, esto es, trabajo y cotización descontada por su empleador, se vea expuesto a no percibir el derecho pensional por razones no atribuibles a él.

Ahora, si bien es cierto, la demandante a través de su apoderada judicial, solicitó en el mes de septiembre de 2014, la aplicación del parágrafo 2º del Acuerdo 027 de 1993 modificadorio del art. 76 del Decreto 2665 de 1998, por causa de las cotizaciones en MORA del empleador COMPAÑÍA ANDINA DE MADERAS, durante el periodo 31 de julio de 1984 hasta el 21 de junio de 1988, (fl.14), ello no es óbice para negar la prestación por mora del empleador al omitir la contabilización de las semanas, aun, cuando la administradora no realizó ni demostró la acción de cobro de la deuda.

Luego entonces, en este asunto COLPENSIONES no demostró que para la fecha en que la demandante solicitó por primera vez el reconocimiento pensional, esto es, el 10 de agosto de 2006, hubiese llevado a cabo las diligencias tendientes al cobro de las cotizaciones de la demandante que se encontraban en mora en calidad de trabajadora dependiente de la empresa COMPAÑÍA ANDINA DE MADERAS; y dichos aportes, comprendidos desde el 9 de agosto de 1982 hasta el 21 de junio de 1988 fueron contabilizados por la demandada sólo hasta el año 2016, cuando en forma insistente la demandante solicitó la corrección de su historia laboral y mediante un procedimiento administrativo de RECUPERACIÓN DE SEMANAS previsto en el Acuerdo 027 de 1993, le permitieron sufragar la suma de \$468.373, trámite que la trabajadora afiliada no debía soportar, ante la clara negligencia por parte de COLPENSIONES, en realizar las acciones de cobro pertinentes y bajo esa óptica no puede predicarse la infracción directa de los artículos 73 y 75 del Decreto 2665 de 1988 que pretende acusar la administradora de pensiones demandada.

Bajo estas condiciones, la demandante ANA MERCEDES VELASCO DE PEÑA acreditó los requisitos de edad y las 500 semanas de cotización dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (8 de enero 1986 hasta el 8 de enero 2006), concretamente en un total de **642.71 semanas**, normativa que regula la pensión de vejez deprecada, dado el régimen de transición que ampara a la demandante, sin embargo, se procede

a resolver, la fecha del disfrute de la prestación, teniendo en cuenta que COLPENSIONES insiste en que, la mesada pensional es a partir de la última cotización reportada (febrero de 2016) y la demandante alega que tiene derecho al retroactivo desde el 8 de enero de 2006 porque no estaba en la obligación de pagar los aportes en mora del empleador y la prestación la solicitó en término.

Así las cosas, no existe discusión en que COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez a favor de la demandante bajo la normativa del Acuerdo 049 de 1990, es decir, por ser beneficiaria de la prerrogativa del régimen de transición, sin embargo, contabilizó las semanas cotizadas en los años 2014, 2015 y 2016 en calidad de trabajadora dependiente de la empresa ASOCIACIÓN DE HOGARES PADRES COMUNITARIOS-PATIO CENTRO, arguyendo que la demandante continuaba vigente en el sistema pensional y que no había realizado la desafiliación efectiva; razón por la que, decidió reconocer la mesada pensional desde el mes de febrero de 2016 (fls.49-57).

Al respecto, se rememora que, el art. 13 del Acuerdo 049 de 1990 dispone como regla general, que el **disfrute de la pensión de vejez** será a partir de la desafiliación efectiva al sistema pensional, teniéndose en cuenta, hasta la última semana de cotización para determinar el valor de la mesada pensional.

En este sentido, la CSJ en reiterados pronunciamientos, ha señalado que ante situaciones que presentan ciertas particularidades, la aplicación de dichos preceptos deben ajustarse a esas especiales circunstancias (ver sentencia de radicado 34514 del 1º de septiembre de 2009 reiterada en la de radicado 39391 del 22 de febrero de 2011, 35885 del 6 de julio de 2011 y 37798 del 15 de mayo de 2012).

Dichas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, fueron determinadas en las mencionadas sentencias, de la siguiente manera:

**(1º)** En tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, por lo que, la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos.

**(2º)** Cuando de la conducta del afiliado se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues en esos casos, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del mismo, ya que el trabajador no asume la omisión del empleador (sentencias de radicado 35605 del 20 de octubre de 2009, SL4611 del 2015 y SL5603 del 2016).

De lo anterior, emerge con claridad, que pueden existir situaciones especiales que ameriten una observación minuciosa por parte del operador judicial, que conlleve a inaplicar la regla general de la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la mesada pensional, ante la concurrencia de varias peculiaridades como son, el haber tenido cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, la no cotización al sistema pensional y la solicitud de reconocimiento y pago de la misma.

Para el caso de marras, se reclama la prestación desde su causación, es decir, el 10 de agosto de 2006 (fls.5-6), fecha en que la actora reunió los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 del mismo año que lo aprobó, sobre la base de que se hicieron varias reclamaciones al ISS y Colpensiones, lo cual demostraría el ánimo de desafiliarse del sistema, amén del comportamiento de la Administradora que se negó a reconocer la pensión, en una primera ocasión, por no haber aportado el registro civil de nacimiento y/o la copia autenticada según lo resolvió en la **resolución No.4821 del 2007**.

Al efecto importa decir que la demandante, elevó varias reclamaciones frente al ISS y Colpensiones, que culminaron con la negativa de esa entidad consignada en las Resoluciones n.º 009760 notificada el 31 de enero de 2008, la n.º 001438 notificada el 07 de mayo del 2009, la n.º 102549 de 30 de noviembre de 2011 y la GNR0228385 del 07 de marzo de 2013, solicitudes que fueron elevadas posterior al cumplimiento de la edad y semanas de cotización mínimas, exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, esto es, los 55 años de edad y las 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, con lo cual, luce de recibo el argumento de que **para esa data había ánimo de desafiliarse del régimen con miras a la obtención de la clase de pensión hoy reclamada**.

Significa lo anterior que con su comportamiento el ISS, ahora Colpensiones, indujo en error a la reclamante por la mora en resolver la situación, pues transcurrieron 10 años entre la solicitud y el reconocimiento, aduciendo falta de requisitos, **entre ellos tiempo cotizado**, con lo cual acentuó la inducción al yerro, razón por la cual, la demandante se vio en la obligación de continuar la vinculación laboral en calidad de INDEPENDIENTE hasta el mes de marzo de 2007 y desde el 1º de febrero 2014 hasta el 31 de enero de 2016 como afiliada DEPENDIENTE con la entidad APFHB PATIOS CENTRO.

Demostrado lo anterior, se tiene que la fecha del disfrute de la prestación concurda con la data de la causación, esto es, el **8 de enero de 2006** cuando cumplió la edad y las semanas de cotización mínimas, sin embargo, se analizará el fenómeno de la prescripción de la acción alegada por COLPENSIONES, aclarando que dicha excepción solo procede respecto a las mesadas pensionales y no sobre el derecho pensional.

De esta manera, se hace importante recordar, que el artículo 488 del C.S.T. prevé que las acciones correspondientes a los derechos laborales **prescriben en tres años**, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible, salvo los asuntos de prescripciones especiales; A su vez el 489 ibidem determina que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado, **interrumpe la prescripción por una sola vez**, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

Por su parte, el 151 del C.P.L. y de la S.S., acuerda que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y ratifica que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, interrumpirá la prescripción por un lapso igual.

El artículo 6º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, con la modificación introducida por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, señala como requisito de procedibilidad para las acciones contenciosas contra La Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, la previa reclamación administrativa consistente en el simple reclamo escrito del pretendiente sobre el derecho, **la cual se entiende agotada cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta.**

Como se observa, para que se entienda la eficacia de la reclamación, la ley procesal laboral ha dispuesto dos momentos claramente diferenciables, **el primero**, cuando se haya decidido, es decir cuando la Administración responde la reclamación, evento que supone, si el pronunciamiento contempla la posibilidad de impugnarlo a través de los recursos de la llamada vía gubernativa, que esa decisión quede en suspenso hasta cuando tales recursos sean decididos definitivamente, instante desde el cual puede afirmarse que se ha agotado la reclamación. **El segundo**, que se materializa cuando transcurrido un mes desde la presentación, la reclamación no ha sido resuelta.

En este orden de ideas, el que pretenda el derecho, tiene la opción de escoger uno de los dos eventos reseñados, es decir, que puede esperar a que la Administración se pronuncie, recurrir esa decisión cuando ello sea posible y esperar que los recursos sean resueltos definitivamente, o bien esperar que transcurra el mes, para luego en caso de negativa, acudir a la demanda ordinaria laboral para resolver el conflicto mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada.

Para el caso que se analiza, tal como se estableció, la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez a la actora surgió a partir del **08 de enero de 2006**, fecha para la cual tenía cumplidos los requisitos pensionales y, al solicitar la misma, tenía la expectativa del reconocimiento pensional. La actora elevó solicitud de reconocimiento pensional ante el ISS, **el 10 de agosto de 2006** quedando el término suspendido hasta la notificación de la resolución 4281 del 30 de abril de 2007 que resolvió negar la prestación y no se interpuso recurso sobre la misma, esto es, **el 09 de julio de 2007** (fls.5 y 6), término que se reanudó el 10 de julio de 2007, por lo que, la acción judicial debía ser interpuesta a más tardar **el 9 de julio de 2010**, so pena de operar la prescripción de la acción parcial de las mesadas pensionales, ya que la primera reclamación, agotó la competencia administrativa como se explicó en renglones anteriores; en consecuencia, las peticiones reiteradas durante los años 2010 – 2015 de ninguna manera interrumpen la prescripción.

Ahora, en este asunto sucede que, cinco años después de cumplirse el término anterior, la demandante el **10 de diciembre de 2015**, solicita nuevamente la prestación, a lo que COLPENSIONES accede mediante resolución GNR 35828 del 02 de febrero de 2016, notificada el 8 de febrero

de 2016 pagando la primera mesada pensional a partir del 1º de febrero de 2016 (fls.71-73).

Sobre la resolución anterior, la demandante presentó recursos de reposición y apelación, porque a pesar de estar conforme con el reconocimiento, en su sentir, COLPENSIONES debía reconocer el RETROACTIVO PENSIONAL desde el año 2006; y la administradora de pensiones NEGÓ en última instancia cuando resolvió la apelación en la resolución VPB 23026 del 24 de mayo de 2016 notificada el 1º de junio de 2016 (fls.59-64).

En fechas posteriores, la demandante presentó revocatoria del acto administrativo y el **6 de mayo de 2019** interpuso la demanda ordinaria laboral según acta de reparto vista a folio 101 del expediente.

Bajo los supuestos anteriores, la Sala considera que al no trascurrir más de tres años entre la negativa de COLPENSIONES de reconocer el retroactivo pensional (1º de junio de 2016) y la interposición de la demanda para el reconocimiento del mismo (9 de mayo de 2019), las mesadas pensionales anteriores al 1º de junio de 2013 estuvieron afectadas del fenómeno prescriptivo de la acción judicial.

En consecuencia, se procederá a determinar en monto de la suma adeudada, equivalente a la mesada pensional desde el 1º de junio de 2013 hasta el 30 de enero de 2016, para un total de **\$26'199.290,00**, correspondiente a 14 mesadas pensionales anuales.

LIQUIDACIÓN DEL RETROACTIVO PENSIONAL CON SALARIO MÍNIMO			
Mesadas incrementadas a salario mínimo actual	Año	Mes	Día
Liquidado <i>HASTA</i> (Año/Mes/Día) :	2016	01	30
Liquidado <i>DESDE</i> (Año/Mes/Día) :	2013	06	1
Porcentaje (%) para Pensión (100%):	100.00%		
Salario Mínimo Año Final de Liquidación :	\$689,455		

DESDE		HASTA		MESADAS	DIFERENCIA PARA SALARIO MÍNIMO ACTUAL ( Valor que se asemeja a la Indexación)	MESADAS ACTUALIZADAS
Año	Mes	Año	Mes			
2013	06	2016	01	\$589,500.00	\$99,955	\$689,455
2013	M13	2016	01	\$589,500.00	\$99,955	\$689,455

2013	07	2016	01	\$589,500.00	\$99,955	\$689,455
2013	08	2016	01	\$589,500.00	\$99,955	\$689,455
2013	09	2016	01	\$589,500.00	\$99,955	\$689,455
2013	10	2016	01	\$589,500.00	\$99,955	\$689,455
2013	11	2016	01	\$589,500.00	\$99,955	\$689,455
2013	12	2016	01	\$589,500.00	\$99,955	\$689,455
2013	M14	2016	01	\$589,500.00	\$99,955	\$689,455
2014	01	2016	01	616000	\$73,455	\$689,455
2014	02	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	03	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	04	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	05	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	06	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	M13	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	07	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	08	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	09	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	10	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	11	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	12	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2014	M14	2016	01	\$616,000.00	\$73,455	\$689,455
2015	01	2016	01	644350	\$45,105	\$689,455
2015	02	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	03	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	04	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	05	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	06	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	M13	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	07	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	08	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	09	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	10	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	11	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	12	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2015	M14	2016	01	\$644,350.00	\$45,105	\$689,455
2016	01	2016	01	\$689,455.00	\$0	\$689,455
				<b>Total Mesadas</b>	<b>Total Diferencias</b>	<b>Total Retroactivo actualizado</b>
				<b>\$23,639,855.00</b>	<b>\$2,559,435.00</b>	<b>\$26,199,290.00</b>

Del valor del retroactivo pensional, COLPENSIONES deberá **descontar, la totalidad de las cotizaciones en salud** a cargo de la pensionada, de conformidad con los arts. 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3º del Decreto 692 de 1994, con destino a la EPS a la que se encuentre afiliada la actora.

**En punto a los intereses de mora solicitados**, debe indicarse que los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J Sent. 33.161 del 31 de

marzo de 2009), siempre y cuando no exista justificación para el retardo, pues si es evidente la misma, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

En este caso, no serán procedentes los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, pues si bien es cierto que COLPENSIONES atrasó las mesadas pensionales por causas ajenas a las obligaciones de la afiliada, se tiene que, la demandante no activó el aparato judicial en término para reclamar sus derechos, ya que para la petición inicial, las mesadas junto con sus intereses prescribieron, y, posterior a ello, cuando solicitó en diciembre de 2015 la administradora de pensiones reconoció la mesada durante el término de los 4 meses, esto es, notificó la decisión en el mes de febrero de 2016.

Por tanto, se ABSOLVERÁ a la pasiva de pagar intereses de mora a favor de la demandante. De este modo, se Declarará parcialmente probada la excepción de prescripción de la acción judicial sobre las mesadas pensionales y la inexistencia de la obligación de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, se ordenará la INDEXACIÓN DE LA SUMA ADEUDADA.

Se condenará en costas de ambas instancias a la parte vencida en la presente actuación, a saber, la demandada COLPENSIONES, por haberse revocado en su totalidad la sentencia de primera instancia, en acatamiento a lo ordenado por el numeral 4 del artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho de segunda instancia, el valor equivalente a \$600.000.00, a cargo de COLPENSIONES y en favor de la señora ANA MERCEDES VELASCO DE PEÑA, conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, ordenándose al Juez A quo fijar las agencias correspondientes a la primera instancia y liquidar el monto global de las mismas.

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **VIII. RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 12 de junio de 2020, y en su lugar, **DECLARAR** que la señora ANA MERCEDES VELASCO DE PEÑA tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional solicitado a cargo de COLPENSIONES.

**SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor la señora ANA MERCEDES VELASCO DE PEÑA del retroactivo de la pensión de vejez solicitada, a partir del 1º de junio de 2013 hasta el 30 de enero de 2016, en la suma de \$29.199.290.00, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, teniendo derecho a 14 mesadas anuales.

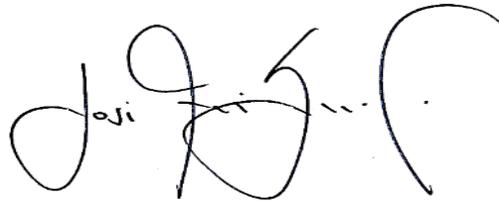
**TERCERO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de pagar a favor del demandante, los intereses de mora a de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1.993 y **ORDENAR** la **INDEXACIÓN DE LA SUMA ADEUDADA**.

**CUARTO: DECLARAR** probadas las excepciones propuestas por la parte demandada de inexistencia de la obligación en cuanto a los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y parcialmente la excepción de prescripción de la acción de las mesadas pensionales anteriores al 1º de julio de 2013.

**QUINTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES, a descontar del retroactivo pensional, la totalidad de las cotizaciones en salud a cargo de la pensionada, de conformidad con los arts. 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3º del Decreto 692 de 1994, con destino a la EPS a la que se encuentre afiliada la actora.

**SEXTO: CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte vencida en la presente actuación, a saber, la demandada, por haberse revocado en su totalidad la sentencia de primera instancia, en acatamiento a lo ordenado por el numeral 4 del artículo 365 del C.G. del P. y fijar como agencias en derecho de segunda instancia, el valor equivalente a \$600.000.00, a cargo de COLPENSIONES y en favor de la señora ANA MERCEDES VELASCO DE PEÑA, conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, ordenándose al Juez A quo fijar las agencias correspondientes a la primera instancia y liquidar el monto global de las mismas ordenándose al Juez A quo fijar las agencias correspondientes a la primera instancia y liquidar el monto global de las mismas.

**NOTIFIQUESE**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO PONENTE**



**ELVER NARANJO**  
**MAGISTRADO**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 070, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.  
Cúcuta, 01 de julio de 2021.



Secretario

# RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



## SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-002-2018 00528-00

REF: ORDINARIO

P.T. No. 19355

DEMANDANTE: NANCY RUIZ ACEVEDO

DEMANDADO: CONDOMINIO EDIFICIO MAX MILLAS

Se admite, el recurso de apelación interpuesto por la pasiva contra la sentencia del 18 de mayo de la anualidad que avanza, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en el proceso de la referencia.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltsuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ELVER NARANJO**

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 070, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2021.

Secretario

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-003-2015-00544- 00

REF: ORDINARIO

P.T. No. 19310

DEMANDANTE: YOHN GERARDO MUÑOZ y OTRO

DEMANDADO: TERMOTASAJERO S.A. E.S.P.

Se da trámite a la consulta de la sentencia del 03 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en favor de la activa por ser adversa a sus pretensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**ELVER NARANJO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 070, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2021.



Secretario



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER**  
**SALA DE DECISIÓN LABORAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**

Cúcuta, Treinta (30) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-003-2017-00353-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.202
<b>DEMANDANTE:</b>	YESSID FERNANDO OSSA CASTRO
<b>DEMANDADO:</b>	KATERINE YOMAIRA MORA MARIN

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala a resolver, dentro del proceso ordinario laboral promovido por YESSID FERNANDO OSSA CASTRO contra KATERINE YOMAIRA MORA MARIN, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2017-00353-00, y Radicación interna N° 19.202 de este Tribunal Superior, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 4 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor YESSID FERNANDO OSSA CASTRO, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra KATERINE YOMAIRA MORA MARIN para que se ordene:

- Pagar la diferencia salarial adeudada entre el salario cancelado y el valor del salario mínimo legal mensual vigente de conformidad con cada año laborado; así como al pago de prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, y al pago de los portes a seguridad social desde el 28 de enero de 2014 al 18 de agosto de 2017; indemnización del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indemnización por no consignación de cesantías, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. y al reintegro en virtud a que el empleador no le notificó el estado de aportes durante los últimos tres meses anteriores a la finalización de la relación laboral.

Como fundamento fáctico, el Señor YESSID FERNANDO OSSA CASTRO refiere:

- Que celebró contrato laboral con la Señora KATERINE YOMAIRA MORA MARIN propietaria del establecimiento de comercio LEON DE GREIFF, desde el 28 de enero de 2014, que cumplía un horario de 6:00 a.m. a 12:00 de lunes a viernes, dictando la asignatura de matemáticas y dentro de ella misma el área de operaciones y geometría en los grados

de segundo a quinto de primaria; que para el año 2014 devengaba un salario de \$300.000, en el 2015 el valor de \$350.000, 2016 de \$400.000 y 2017 de \$450.000; que el empleador le descontaba \$10.000 cuando algún compañero de trabajo cumplía años, y el valor de \$50.000 por la pérdida de un computador sin su consentimiento.

- Que nunca el empleador cotizó a seguridad social y era el actor quien realizaba estos como trabajador independiente; agregó que estaba subordinado a la señora KATERINE YOMAIRA, quien le daba ordenes de manera verbal y mediante correo electrónico sobre la prestación del servicio; y que el 18 de agosto de 2017, el empleador le manifestó al actor que debía afiliarse a una cooperativa, la cual le haría un descuento de cincuenta mil pesos mensuales de su salario, y al manifestarlo su desacuerdo le termina el contrato de manera unilateral y sin justa causa.

La demandada KATERINE YOMAIRA MORA MARIN contestó la demanda, sin embargo, al no ser subsanada, se tuvo por no contestada con auto del 12 de junio de 2018, (folio 11 a 113).

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del tema de decisión:**

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 4 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO:** DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora KATERINE YOMAIRA MARÍN y el señor YESID FERNANDO OSSA CASTRO, desde el 28 de enero de 2014 hasta el 18 de agosto de 2017, el cual terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del trabajador.

**SEGUNDO:** CONDENAR a la señora KATERINE YOMAIRA MORA MARÍN a reconocer y pagar al demandante YESID FERNANDO OSSA CASTRO, las acreencias laborales en virtud del contrato de trabajo que se dio entre estos y corresponden a los siguientes:

Año	Cesantías	Intereses de cesantías	Primas de servicio	Vacaciones
2014	\$284.899	\$31.623	\$284.623	\$142.449
2015	\$322.174	\$36.660	\$322.174	\$161.087
2016	\$344.727	\$41.367	\$344.727	\$172.363
2017	\$285.000	\$21.660	\$285.000	\$142.500

Así mismo, la indemnización por despido la cual será liquidada por el periodo laborado desde el 28 de enero de 2014 hasta el 18 de agosto de 2017, en base en el salario de \$450.000 pesos y con las reglas establecidas a los contratos a términos indefinidos.

**TERCERO:** CONDENAR a la demandada KATERINE YOMAIRA MORA MARÍN a indexar las anteriores sumas de dinero desde el momento en que se hicieron exigibles hasta el momento en que se haga efectivo su pago con el fin de evitar las pérdidas de poder adquisitivo.

**CUARTO:** CONDENAR a la demandada a consignar a la administradora de fondo de pensiones a las cuales se encuentre afiliado el demandante, los aportes pensionales causados desde el 28 de enero de 2014 hasta el 18 de agosto de 2017, efectuando la respectiva cotizaciones sobre un

salario base de cotización para el año 2014 de \$307.999 pesos, para el 2015 un valor de \$322.374, para el año 2016 por la suma de \$344.727, para el año 2017 la suma de \$450.000; estos serán consignados previo calculo contractualizado por la entidad correspondiente en las cuales se incluya los intereses moratorios establecidos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

**QUINTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en la demanda”.

## 2.2. Fundamento de la decisión.

La jueza *a quo* fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que, a folios 25 y 26 del expediente se encuentra una certificación firmada por la demandada KATERINE YOMAIRA MORA MARÍN como directora del Colegio LEÓN DE GREIF, la cual refiere, que el señor YESSID FERNANDO OSSA CASTRO, trabaja en esa institución como docente desde el 28 de enero año 2014 hasta la fecha de expedición que lo fue el 23 de junio de 2017, cumpliendo un horario laboral de 6:00 a.m. a 12:00 p.m. de lunes a viernes con un salario de \$450.000.

- Que en interrogatorio de parte la demandada confesó en los términos del artículo 191 del C.G.P., que el demandante inició la prestación del servicio el 28 de enero de 2014 y que el 18 de agosto de 2017, decidió renunciar al contrato que se venía ejecutando, y que el actor tenía un horario de 6:00 a.m. a 12:00 p.m., de lunes a viernes, es decir que se comprobaron los extremos temporales señalados en la demanda, y la jornada laboral que cumplía el actor.

- Indicó, que no es posible en aplicación del párrafo 1° del artículo 65 del C.S.T., se ordene el reintegro del demandante ante la omisión del empleador de notificarle estos aportes, por lo que esta sanción debe analizarse una vez se establezca si se dio mala fe por parte de la demandada respecto al cumplimiento de las obligaciones laborales.

- Que, al verificar el valor de la hora diaria con base en el salario mínimo legal mensual vigente, se tiene, que para el 2014 el valor de la hora legal diaria con base en el salario mínimo legal mensual vigente correspondía la hora legal diaria a la suma de \$2.566,66 pesos lo que arrojaría un salario mensual del actor de \$307.999 por las 120 horas laboradas con lo cual se garantiza el mínimo legal mensual vigente por hora diaria, y así lo calculó la jueza *a quo* sucesivamente para los años 2015, 2016, y 2017, e indicó, que en el presente caso no había lugar al reconocimiento de diferencia salarial alguna, por cuanto el actor no probó el salario que dijo haber recibido para el año 2014 y para los años 2015, 2016 y 2017, la suma cancelada por la demandada fue superior al que legalmente le correspondía.

- En cuanto al pago de prestaciones sociales y vacaciones, señaló, que con la existencia del contrato de trabajo le da derecho al demandante a percibir cesantías, intereses de cesantías y las primas de servicio de forma proporcional al tiempo laborado, que en este caso correspondió al periodo 28 de enero de 2014 al 18 de agosto de 2017, de acuerdo con ello, y al no acreditarse que la demandada cumplió con la obligación pertinente al pago de prestaciones sociales, y vacaciones, la jueza *a quo*, con base en los salarios devengados por el demandante que se encuentran demostrados,

ordenó su pago, es decir, para el año 2014 por la suma de \$307.999, para el año 2015 de \$344.727, para el año 2017 \$450.000.

- Condenó al pago de aportes pensionales causados durante la vigencia del contrato de trabajo, los cuales deberán ser consignados al fondo de pensiones respectivo, y rechaza por improcedente el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como quiera, que estos operan a cargo de los fondos de pensiones cuando existe mora en el reconocimiento de la pensión.

- Que en el presente caso la demandada en el interrogatorio de parte acreditó las razones por las cuales las vinculaciones de los docentes de la institución de la que es propietaria se dan bajo las condiciones en que se encontraba el señor YESSID FERNANDO OSSA y en virtud de las pruebas decretadas de oficio se advierte a folio 138 a 154 del expediente bajo qué condiciones la Secretaria de Educación del Municipio de Cúcuta habilitó el funcionamiento de la institución educativa, estableciendo el monto de tarifas anuales de matrícula y pensión dentro del régimen controlado, y en esta se constató que la institución educativa verdaderamente a probado el nivel educativo de jardín hasta quinto de primaria y establecen valores de matrícula y pensión por valores ínfimos con los cuales se acredita la versión de la demandada en cuanto a la imposibilidad de cubrir el monto completo de las obligaciones y acreencias laborales de los docentes, en relación con el número de docentes que se encuentran en la institución, y por ende resulta evidente que no se dio una actuación de mala fe por parte del empleador que conlleve a condenarla a las sanciones moratorios reclamadas por la parte demandante.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante sustentó el recurso de apelación en lo siguiente:

- Que, no comparte la decisión en cuanto a si bien no hubo lugar al reintegro, el actor solicitó en la demanda se tuviera en cuenta la pretensión subsidiaria por no haber notificado los aportes a la seguridad social durante los tres últimos meses durante los sesenta días siguientes a la terminación del contrato.
- En cuanto a la solicitud de pagar las diferencias salariales, señaló: “que estas, según el artículo 101 del C.S.T se habla de estos contratos especiales de los docentes, el cual reza que, si no existe un contrato de trabajo firmado por las partes con extremos laborales y demás, se debe entender que existe sobre los doce meses del año en los cuales se debe fijar tasas y prestaciones sociales en los cuales labora un trabajador por ser un contrato especial” (bis).
- Solicitó se condene a la sanción del artículo 99 de la Ley 100 de 1993 por cuanto la empleadora no consignó en los años que debía realizar los aportes al fondo de cesantías en el término señalado, al igual que la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales.

#### **4. ALEGATOS**

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

##### **• PARTE DEMANDANTE:**

Indicó respecto a la pretensión primera solicitó una pretensión subsidiaria toda vez que no se realizó la notificación de los aportes a la seguridad social durante los tres últimos meses a la terminación del contrato.

Señaló que tampoco comparte la decisión de la *a quo* en cuanto a la segunda pretensión en cuanto a que si no existe un contrato firmado por los extremos laborales se debe entender que existe sobre los 12 meses del año en los cuales se deben fijar tasas y prestaciones sociales en un contrato especial, e igualmente señala que procede la sanción moratoria por consignar de manera extemporánea los aportes de las cesantías.

##### **• PARTE DEMANDADA:**

Indicó que no es procedente la pretensión subsidiaria formulada en libelo introductorio en vista de que no prosperó la pretensión de reintegro por cuanto la misma, en primer término, no es clara en su formulación y segundo la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha catorce (14) de julio del 2009, de radicado 35.303, ha señalado que para prosperar la indemnización dispuesta en el parágrafo primero del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, dentro del proceso debe quedar plenamente demostrado que la empleadora obró de mala fe, situación fáctica que NO se demostró dentro del Proceso en Primera Instancia, contrario a ello, dentro del proceso se encuentra acreditada la buena fe de la empleadora y el pleno conocimiento y aceptación de las condiciones laborales por parte del trabajador.

De igual forma considera que tampoco procede el reajuste salarial, por cuanto la demandada cumplió a cabalidad con el pago de salarios que le correspondía al señor YESID FERNANDO OSSA CASTRO en proporción al tiempo laborado, puesto que era media jornada laboral, de 6:00 am a 12:00 pm de lunes a viernes. Es más, dentro del fallo de primera instancia se resaltó que, durante los años 2015, 2016 y 2017, el demandante recibió un sueldo muy superior al que debía devengar en proporción al Salario Mínimo.

También destacó la improcedencia de la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la del artículo 65 del CST, por cuanto dentro del proceso, no se demostró que efectivamente la demandada, la KATERINE YOMAIRA MORA MARIN hubiese actuado de mala fe frente al pago de las acreencias laborales, en cambio sí se dio por probado que las Condiciones Económicas del Establecimiento Educativo no daban para cancelar mencionados rubros, además, el señor YESID FERNANDO OSSA CASTRO.

Por lo anterior, solicitó revocar el fallo de primera instancia respecto de la forma de terminación del contrato laboral, en el sentido de no declarar la terminación del contrato de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador y en consecuencia negar la indemnización por despido, así como las demás condenas pecuniarias que se puedan derivar de dicha decisión,

teniendo en cuenta que se encuentra probado dentro del expediente que fue el demandante quien, publica e irrevocablemente decidió terminar la relación laboral que hoy nos ocupa, en el momento mismo que se le propuso al personal docente la afiliación al régimen contributivo del sistema de salud.

## **5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

## **6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

- ¿Si el señor YESSID FERNANDO OSSA CASTRO, tiene derecho a que se le pague la diferencia salarial entre el salario devengado y la remuneración mínima para educadores privados?

¿Si la omisión de la empleadora al no informar a la terminación del contrato de trabajo sobre el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato tiene por consecuencia el pago de una indemnización?

- ¿Si el señor YESSID FERNANDO OSSA CASTRO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de cesantías en el término legal; al igual que la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales?

## **7. CONSIDERACIONES:**

En este caso la jueza *a quo* declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora KATERINE YOMAIRA MORA MARÍN propietaria del establecimiento educativo LEÓN DE GREIF, y el señor YESID FERNANDO OSSA CASTRO, quien se desempeñó como docente desde el 28 de enero de 2014, hasta 18 de agosto de 2017, cuando terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del trabajador, por ende, al no acreditarse que la demandada cumplió con la obligación pertinente al pago de prestaciones sociales, y vacaciones condena al pago de estas con base en los salarios allí indicados, así como también, al pago de aportes pensionales causados durante la vigencia del contrato de trabajo.

En cuanto al reconocimiento del reajuste salarial durante la vigencia de la relación laboral, la jueza *a quo* no accedió a la misma, señalando que el actor no logró probar el salario que dijo haber recibido, y sí, evidenció que la suma cancelada por la demandada fue superior al que legalmente le correspondía.

Sobre la solicitud de reintegro del trabajador en aplicación del parágrafo 1° del artículo 65 del C.S.T., la jueza *a quo* destacó que esta normatividad no tiene como efecto el restablecimiento del contrato, por lo que no ordena el

reintegro del trabajador, ni tampoco condena a la demandada al pago de las sanciones reclamadas por la parte demandante, al evidenciar que no se dio una actuación de mala fe por parte del empleador. Conclusiones que serán objeto de estudio en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte de mandante.

Como primera medida, se advierte, que entre las partes nunca hubo controversia sobre la existencia de la relación laboral, solo generándose desacuerdo por parte del actor en cuanto a: (i) no reconocimiento de la diferencia salarial a favor del actor; (ii) el no reconocimiento de la indemnización como pretensión subsidiaria por no haber notificado los aportes a la seguridad social durante los tres últimos meses durante los sesenta días siguientes a la terminación del contrato; y (iii) la decisión de no imponer la sanción del artículo 99 de la Ley 100 de 1993, al igual que la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales.

En cuanto a la solicitud de reajuste salarial, debe indicarse, que según el artículo 196 de la Ley 115 de 1994, señala que el Código Sustantivo del Trabajo es el régimen laboral legal aplicable a las relaciones laborales y a las prestaciones sociales de los educadores de establecimientos educativos privados. En cuanto a la duración del contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, el artículo 101 del C.S.T., indica que este se entiende celebrado por el año escolar.

Por su parte, el artículo 127 del C.S.T. establece 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”*

A su vez, el numeral 1º del artículo 132 del C.S.T establece en cuanto a formas y libertad de estipulación que: *“el empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”*.

El artículo 197 de Ley 115 de 1994, desarrolla lo pertinente al salario que deben devengar los educadores que prestan sus servicios en los establecimientos privados, indicando que este no podrá ser inferior al señalado para igual categoría a quienes laboren en el sector oficial, y para los educadores por horas el salario será proporcional.

En este caso, la parte demandante alega en el recurso de apelación, que tiene derecho al reconocimiento de las diferencias salariales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del C.S.T; pero, esta norma únicamente hace referencia a la duración de estos contratos, por ende, al no regular aspectos relacionados con el salario de los docentes, resulta imposible analizar el reajuste pretendido a la luz de lo dispuesto en esta norma.

No obstante, teniendo en cuenta que desde la demanda y en el recurso de apelación, la parte demandante solicita el reconocimiento de las diferencias salariales, la Sala procederá a analizar esta pretensión aplicando el artículo

197 de Ley 115 de 1994, por ser la norma que regula estos aspectos, y no como equivocadamente lo hizo la jueza *a quo* equiparando el salario devengado por el señor YESID FERNANDO durante la prestación del servicio, con el salario mínimo legal mensual vigente; pues es claro, que al existir una norma especial que regula específicamente el salario devengado por los docentes de establecimiento educativos privados, el análisis debió llevarse a cabo a partir de esta, incluso obsérvese que en la demanda el actor hace referencia a salarios que superan el monto del salario mínimo legal mensual vigente, luego entonces, se puede concluir, que el actor no pretende el reajuste de su salario a partir del mínimo legal mensual vigente, sino a partir del salario mínimo de los docentes de establecimientos educativos privados previsto en el artículo 197 de la Ley 115 de 1994.

Ahora bien, como se indicó, el artículo 197 de Ley 115 de 1994, refiere que el salario de los docentes de establecimientos educativos privados no podrá ser inferior al señalado para igual categoría a quienes laboren en el sector oficial; de manera, que para determinar si el salario percibido por el actor durante la relación laboral debe ser reajustado o no, es necesario establecer como primer aspecto, la categoría del señor YESID FERNANDO, y seguidamente, el salario de un docente del sector oficial en igual categoría a la del actor, y desde allí, definir a partir de la jornada que cumplía el actor, si hay lugar o no al reconocimiento de diferencias salariales.

Al respecto, destaca la Sala que la teoría general de la carga de la prueba, establece que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al establecer *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

De igual forma, entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo también el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *“El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”*.

Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: *“El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”*, lo cual guarda consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Por lo anterior, si lo pretendido por el señor YESID FERNANDO OSSA CASTRO, era el reajuste del salario devengado a la remuneración mínima para educadores privados de conformidad al artículo 197 de la Ley 115 de 1994, el actor debió acreditar la categoría en la que se encuentra, y el salario que devenguen los educadores del sector oficial en igual categoría a la de él; sin embargo, el único elemento documental aportado por la parte actora para respaldar su pretensión, es una certificación laboral y anotaciones en hojas de cuaderno de sumas de dinero en donde no se especifica a qué corresponden.

Así entonces, aplicando los citados parámetros normativos y jurisprudenciales al caso concreto, la Sala encuentra que dentro del expediente no obra ninguna prueba de carácter documental ni testimonial que permita a la Sala analizar si la pretensión de la demanda tiene vocación de prosperar, incluso el testimonio de la señora LANDIS YAMILE ROJAS RUBIO, decretado en favor de la parte actora tampoco da información que permitiera establecer al menos la categoría del actor.

Así mismo, estima la Sala oportuno añadir, que para la aplicación del principio de igualdad salarial o retributiva, no es suficiente que un trabajador desempeñe, formalmente el mismo cargo de otro, puesto que, de cara a la regulación legal de la materia (artículo 143 C.S.T.), lo relevante a la hora de determinar si dos trabajadores realizan un trabajo de igual valor, es que ambos desempeñen el mismo puesto, en la misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia, como la Sala de Casación Laboral lo explicó en sentencia CSJ SL16217- 2014, al precisar que

*«[...] aparte de un puesto igual y una jornada igual, para exigirse la igualdad retributiva es necesario que haya similar efectividad («eficiencia» en los términos del CST) entre los trabajadores que se comparan».*

Desde este punto de vista, la circunstancia de que el demandante desarrollara sus funciones como docente de establecimiento educativo privado, tampoco nada dice en torno a que sus habilidades, destrezas, conocimientos, actitudes y, en general, competencias, hubiesen sido similares o idénticas a las del educador oficial en igual categoría a la del actor, en consecuencia, la Sala no accederá al reajuste salarial solicitado.

Por otra parte, vemos que el actor reclama en la demanda como pretensión subsidiaria el pago de una indemnización en razón a que la empleadora no le notificó el estado de aportes a seguridad social de los últimos tres meses de vigencia del contrato, durante los 60 días siguientes a la terminación del contrato de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 65 del C.S.T.

Pues, bien, la norma que contiene la situación en estudio, es el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece lo siguiente:

*“Artículo 29. Indemnización por falta de pago. El artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo quedará así:*

*Artículo 65. **Indemnización por falta de pago:** (...)*

***Parágrafo 1º.** Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. **Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del***

**contrato no producirá efecto.** Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.”

De la lectura de la norma anterior, salta a simple vista que si bien la norma ordena que el empleador comunique por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación unilateral del contrato sin justa causa, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen, no establece ninguna consecuencia jurídica del tenor que ésta demanda, sino que, la consecuencia jurídica que pudiera desprenderse de la omisión del empleador sólo deriva del incumplimiento de la obligación del pago de aportes a la seguridad social y parafiscalidad dentro de los 60 días posteriores a la terminación del vínculo.

En consecuencia, del cuerpo de la invocada norma se desprende, que la consecuencia jurídica no es propiamente el restablecimiento del vínculo laboral al no producir efecto la terminación del contrato, ni tampoco, una indemnización adicional a la que dispone el artículo 65 del C.S.T. por falta de pago de las obligaciones de seguridad social, como interpreta de manera equivocada el recurrente, únicamente es la que establece el artículo 65 del C.S.T.

En efecto, en sentencia SL516 de 31 de julio de 2013, rad. 42361, así razonó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al indicar:

*“Sea lo primero indicar que la condición de eficacia para la terminación de los contratos de trabajo prevista en el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, es un mecanismo de garantía de cobertura real y concreta para el trabajador en materia de seguridad social y contribuciones parafiscales; ciertamente si se le exige al empleador que, para que el despido que se propone realizar sea apto para terminar el contrato de trabajo, cumpla con sus obligaciones para con las entidades del sistema de seguridad social y administradores de recursos parafiscales, se evita que las prestaciones o servicios que estas instituciones ofrecen se nieguen por falta de pago completo de las respectivas cotizaciones o aportes.*

*“El artículo 48 de la Constitución Política establece como principio de la seguridad social la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que la eficacia de los derechos consagrados está irremisiblemente unida a la existencia de recursos suficientes, estimados más allá de los demandados por la urgencia del día, para la viabilidad de las instituciones durante esta y las siguientes generaciones.*

*“El Constituyente y el legislador de las últimas décadas, han tenido como finalidad central de sus proyectos y disposiciones el garantizar el equilibrio financiero del sistema, que se obtiene no sólo incrementando los aportes del empleador y del trabajador, y del Estado, sino garantizando los medios para asegurar su efectivo recaudo’.*

*“Por tanto, al armonizar la preceptiva en cuestión, al igual que*

*lo hizo la jurisprudencia con el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, desde el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, se condenará a la parte demandada a pagar al actor, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en sufragar los aportes parafiscales de los tres últimos meses anteriores a la terminación del contrato con BERNAL BEJERANO, (sic) desde el 1° de abril de 2004 y hasta cuando [...la empresa] acredite el pago de tales aportes con posterioridad a esta decisión...” Resaltado de esta Sala.*

*“En este orden de ideas, la declaratoria de ineficacia del despido con las respectivas consecuencias, objetivo final de la presente impugnación, no tenía vocación alguna de cobrar éxito, en razón a que, en gracia de discusión, de haber estado demostrada la mora de las obligaciones de seguridad social, lo procedente era condenar el pago por un día de salario en el entretanto durase el incumplimiento, pero eso sí, como lo dijo el ad quem, con la previa verificación de que el proceder del empleador no estuvo revestido de buena fe.”*

*“Colofón de lo anterior, no prospera el cargo”.*

De acuerdo a lo anterior, resulta claro que la consecuencia adversa para el empleador que incumple lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 65 del C.S.T., es el pago de la indemnización del artículo 65 del C.S.T., por el no pago de las respectivas cotizaciones a favor del trabajador. En consecuencia, la Sala no accederá al reconocimiento de una indemnización adicional a la que establece el artículo 65 del C.S.T., por no pago.

Agotado lo anterior, corresponde ahora establecer si son procedentes las indemnizaciones moratorias solicitadas en la demanda por el impago de prestaciones sociales al finalizar la relación laboral y la no consignación oportuna de cesantías en el fondo.

De conformidad con el artículo 65 del C.S.T., *“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.”*

Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece en su numeral tercero que *“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.*

Al respecto, sobre la indemnización moratoria, se traerá a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-1091 de 2018 al indicar que esta condena *“tiene un carácter eminentemente sancionatorio, pues se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones*

*sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral” y se ha agregado por la jurisprudencia “que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador”; esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que “para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”.*

Más recientemente, la providencia SL1293 de 2020 resalta que la Sala de Casación Laboral “se ha opuesto a cualquier hermenéutica fundada en reglas inderrotables y concluyentes acerca de cuándo procede o en qué casos hay buena fe o no, pues se ha inclinado por la verificación de la conducta del empleador en cada caso concreto, de acuerdo con todos los detalles y peculiaridades que aparezcan probados en el proceso, pues «no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuándo un empleador es de buena o de mala fe» y «sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro” concluyendo que “las decisiones fundamentadas en guías o paradigmas preestablecidos de comportamiento de buena o mala fe, se distancian del sentido que esta Sala les ha atribuido a los preceptos normativos que consagran la indemnización moratoria, que, se repite, exigen sin excepción, la revisión completa y dimensionada de todos los elementos del caso”.

Ante ello, no existe un parámetro objetivo para determinar la buena fe del empleador para no cancelar las prestaciones laborales respectivas al trabajador cuando ha finalizado la relación laboral, sino que compete al juzgador establecer si existió alguna justificación que permita entrever que el empleador entendía que no estaba obligado a cancelar los derechos reconocidos, o que estaba convencido de que existían serias razones objetivas y jurídicas para abstenerse de hacer los pagos.

Para el presente caso, conforme se advirtió, en el plenario se evidenció de la certificación firmada por la demandada, la existencia de un contrato laboral desde el 28 de enero de 2014, hasta el 18 de agosto de 2017, el cual, le da derecho al demandante a percibir un salario, prestaciones sociales, y vacaciones de forma proporcional al tiempo laborado.

De acuerdo con lo anterior, y al no acreditarse que la empleadora cumplió con esta obligación, sustrayéndose sin justificación atendible al pago de prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador, difiere la Sala de los argumentos de la a quo, en la medida que la imposibilidad señalada por la demandada en el interrogatorio de parte de cubrir el monto completo de las obligaciones y acreencias laborales de los docentes debido al valor ínfimo de matrícula y pensión, no justifica el no acatamiento del deber de cancelar a los docentes de la institución educativa, las prestaciones sociales, pues los trabajadores no pueden soportar las cargas que genera la falta de solvencia económica de sus empleadores.

De igual forma, más allá de la imposibilidad alegada por la empleadora de cubrir las prestaciones sociales ante la falta de recursos económicos, dentro del expediente no existe prueba alguna que le permita a la Sala evidenciar

que la intensión de la demandada en ningún momento fue incumplir con sus deberes, o desconocer los derechos del trabajador.

En consecuencia, se revocará parcialmente el numeral quinto de la decisión de primera instancia que no accedió a las sanciones moratorias y en su lugar se condenará por las mismas, por lo que conforme al artículo 65 del C.S.T., se ordena a la demandada KATERINE YOMAIRA MORA MARÍN, el pago de un día de salario por cada día de retardo hasta por veinticuatro meses y de intereses de mora sobre el capital adeudado desde el mes 25 hasta que se cancele el total adeudado, esto es \$15.000 diarios a partir del 19 de agosto de 2017 hasta el 18 de agosto de 2019 para un total de \$10.935.000 y a partir del 25 de julio de 2018 se dispone el pago de intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera hasta que se proceda con el pago total.

En cuanto a la sanción del numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990, se advierte que la misma se causó hasta el 15 de febrero de 2017, al no consignar las cesantías causadas en diciembre de 2016, y esta corrió por concepto de un día de salario desde esa fecha hasta el momento en que finalizó la contratación el 18 de agosto de 2017; esto es la suma de \$15.000 diarios entre el 15 de febrero y el 18 de agosto de 2016, 184 días, para un total de \$2.760.000.

Respecto de las cesantías causadas del 1 de enero al 18 de agosto de 2017, como las mismas debieron ser pagadas directamente al trabajador con la liquidación final y no consignadas en el fondo, sobre estas no se causa sanción moratoria.

Al prosperar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, no habrá condena en costas de segunda instancia.

## **8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:**

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** parcialmente el numeral quinto de la sentencia del 4 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar condenar a la demandada KATERINE YOMAIRA MORA MARÍN a reconocer y pagar al señor YESID FERNANDO OSSA CASTRO los siguientes conceptos:

- a. Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., equivalente a el pago de un día de salario por cada día de retardo hasta por veinticuatro meses y de intereses de mora sobre el capital adeudado desde el mes 25 hasta que se cancele el total adeudado, esto es \$15.000 diarios a partir del 19 de agosto de 2017 hasta el 18 de agosto de 2019 para un total de \$10.935.000 y a partir del 25 de julio de 2018 se dispone el pago de intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera hasta que se proceda con el pago total.

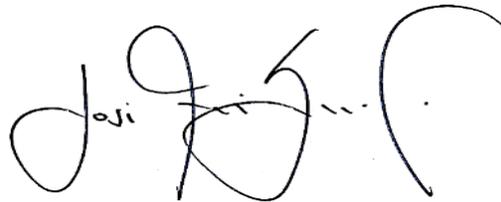
- b. Sanción moratoria por no consignación oportuna de cesantías del año 2016: Equivalente a \$15.000 diarios entre el 15 de febrero y el 18 de agosto de 2016, 184 días, para un total de \$2.760.000.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia por resultar favorable el recurso al apelante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**



**ELVER NARANJO**  
**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 070, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2021.



Secretario