



República de Colombia
**Tribunal Superior Del Distrito
Judicial De Valledupar**
Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado Ponente

TIPO DE PROCESO: ORD. LABORAL – APELACIÓN DE SENTENCIA
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2018-00125-01
DEMANDANTE: RAFAEL OROZCO ISEDA
DEMANDADO: HOSPITAL EL SOCORRO E.S.E.
ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Valledupar, diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

De conformidad con la Ley 2213 de 2022, decide de manera escrita la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 21 de noviembre de 2018.

I.- ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda ordinaria laboral en contra del Hospital El Socorro E.S.E del Municipio de San Diego – Departamento del Cesar, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 15 de enero de 2013 al 6 de noviembre de 2015. En consecuencia, se condene al pago de las prestaciones sociales, las vacaciones y las cotizaciones a la seguridad social en salud y pensión causadas durante toda la relación laboral, así como la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales y la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante contrato de prestación de servicios le prestó sus servicios personales al Hospital El Socorro E.S.E de San Diego - Cesar, del 15 de enero de 2013 hasta el 6 de noviembre de 2015. Adujo que se desempeñó siempre en el cargo de auxiliar de servicios generales, de manera personal bajo la continua dependencia y subordinación

del hospital demandado, de quien recibía órdenes e instrucciones con un horario de trabajo, en el que percibió como último salario la suma mensual de \$1.250.000.

Afirmó que la demandada dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa y conforme al acta de inicio y supervisión de labores, realizó siempre las siguientes funciones:

“Controlar en ingreso y egreso de todas las personas a las instalaciones de la ESE-HES.

Es el responsable de realizar la apertura y cierre de los accesos de la ESE-HES

Es el responsable de la administración y resguardo de las llaves de los accesos de la ESE-HES

Realizar control selectivo de Personal que salen y entran a la ESE-HES

Controlar y registrar el ingreso y egreso de todo elemento perteneciente a la empresa (herramientas, mercancías, etc).

Controlar que se cumpla con los registros de ingreso de elementos personales (dinero, etc). Controlar a la salida que dichos registros coincidan con los declarados al ingreso.

Es el responsable de llevar a diario el cuaderno de novedades, en los cuales se deberá registrar cualquier tipo de novedad al cambio de guardia

Controlar a todo personal que se encuentra trabajando en hora de la noche

Asear las oficinas y áreas asignadas, antes del ingreso de los funcionarios y vigilar que se mantengan aseadas

Mantener los baños y lavamanos en perfectas condiciones de aseo y limpieza y con la dotación necesaria.

Clasificar la basura empacando desechos orgánicos, papeles y materiales sólidos en bolsas separadas

Responder por los elementos a su cargo e informar sobre cualquier anomalía o deterioro que ellos presenten y solicitar su reposición o reparación si es del caso

Mantener limpios los muebles, enseres, ventanas, cortinas y todo elemento accesorio de las áreas de las oficinas.

Prestar el servicio de cafetería a los funcionarios en sus oficinas y atender las reuniones que se llevan a cabo contenidas en la constitución, la ley, los decretos, ordenanzas y acuerdos.

Proponer, preparar e implementar los procedimientos e instrumentos requeridos para mejorar la prestación de los servicios a cargo de la entidad.

Cumplir con las disposiciones existentes en materia disciplinaria, sobre derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses.

Desempeñar las demás obligaciones inherentes al desarrollo del objeto contractual”.

Aseveró que durante la vigencia de la relación laboral la demandada no le pagó las prestaciones sociales y vacaciones, ni lo afilió al sistema de seguridad social en salud y pensión.

Al contestar, la demandada **Hospital El Socorro ESE**, se opuso a las pretensiones. Aceptó algunos hechos y negó otros, al manifestar que entre las partes nunca existió una relación laboral subordinada, sino varios contratos

de prestación de servicios independientes. En su defensa, propuso las excepciones de mérito falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia del contrato de trabajo y relación laboral subordinada (f.º 22 a 46).

II. SENTENCIA DE PRIMER INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 21 de noviembre de 2018, resolvió:

“PRIMERO: Declarar que entre RAFAEL SIMON OROZCO y el HOSPITAL EL SOCORRO E.S.E, existió un contrato de trabajo.

SEGUNDO: condenar al HOSPITAL EL SOCORRO ESE a pagar al accionante las siguientes sumas de dinero: A) Auxilio de cesantías, la suma de \$2.514.139, B) Prima de navidad, la suma de \$2.320.743, C). Vacaciones la suma de \$1.113.957, D). Prima de vacaciones, la suma de \$1.113.957. E). A realizar las cotizaciones a favor de Rafael Simon Orozco Iceda, al fondo de pensiones que esta elija por los siguientes periodos y salarios base de cotización:

inicio	terminación	días	SBC
3/02/2014	2/05/2014	90	\$ 950,000
2/05/2014	1/09/2014	120	\$ 950,000
5/09/2014	24/12/2014	110	\$1,048,172
7/01/2015	6/05/2015	120	\$ 950.000
7/05/2015	31/12/2015	235	\$ 950.000
2/02/2016	1/06/2016	120	\$ 1.250.000

Asimismo, deberá la demandada pagar dichas sumas, con los intereses contenidos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993. **Parágrafo:** estos dineros solo pueden ser cobrados por la gestora de pensiones.

TERCERO: condenar al Hospital el Socorro E.S.E. a pagar la sanción consagrada en el decreto 797 de 1949 a razón de \$41.667 diarios a partir del 07 de octubre del año 2016, hasta cuando pague totalmente los emolumentos laborales enumerados con anterioridad.

CUARTO: Absolver a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, por las razones antes expuestas.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada, las que se liquidaran una vez quede ejecutoriada esta providencia”.

En sustento de la decisión, adujo que, al estar probada la prestación personal del servicio del actor en favor de la ESE, en virtud de la certificación emitida por la demandada a folios 16, por lo que se presume que lo fue bajo la subordinación de la demandada y correspondía a esta última desvirtuar esa

subordinación, lo cual no efectuó. Por tanto, declaró la existencia del contrato de trabajo del 3 de febrero de 2014 al 1° de junio de 2016.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida en primera instancia, para que sea revocada, al argumentar que el juez dio por demostrado sin estarlo la existencia de un contrato de trabajo, cuando lo verificable era la suscripción de varios contratos de prestación de servicios independientes y que con la declaración de la testigo Roció del Carmen Díaz, se acreditó que los servicios fueron prestados sin subordinación alguna.

Expuso que, la E.S.E. siempre actuó de buena fe y que la mala fe no se presume, por lo que el actor debía demostrar esa mala fe que alega, lo cual no efectuó.

Finalmente adujo que erró el juez de instancia al condenarla a pagar intereses sobre las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, como quiera que la existencia del contrato de trabajo basado en la realidad solo se declaró en la sentencia, por lo que dichos intereses inician una vez quede ejecutoriada la misma.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Sala determinar: **(i)** si realmente entre Rafael Orozco Iseda y el Hospital El Socorro E.S.E, existió un contrato de trabajo que permita ser catalogado con base en sus funciones y cargo un trabajador oficial; **(ii)** la procedencia de la sanción moratorio por el no pago de prestaciones sociales y **(iii)** si ante la falta de afiliación del trabajador al sistema de seguridad social en pensiones, resulta procedente condenar a la demandada a pagar las cotizaciones en pensión junto a los intereses contemplados en el artículo 23 de la ley 100 de 1993; o si, al estarse frente a

la declaratoria de un contrato de trabajo en virtud del principio de la realidad sobre las formas, lo procedente es condenar a la empleadora al pago del cálculo actuarial por el tiempo laborado.

(i) De la naturaleza jurídica de la demandada.

Para resolver el problema jurídico planteado, resulta necesario precisar que la demandada Hospital El Socorro del Municipio de San Diego – Departamento del Cesar, es una Empresa Social del Estado, entendida como una categoría especial de entidad pública, descentralizada del orden municipal, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y asistencial, creadas o reorganizadas por ley o por las Asambleas o Concejos. (Decreto 1876 de 1994, Artículo 1).

Ahora, recuerda la Sala que las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado, como lo es la demandada, por regla general tienen el carácter de empleados públicos y son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de **servicios generales** en estas mismas. Ello, de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990. Distinción que también se encuentra regulada en el artículo 17 del Decreto 1876 de 1994 (CSJ SL3612-2021).

De vieja data y de manera pacífica la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, **vigilancia o celaduría.**”* También, que por **servicios generales** *“ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, **aseo en general** y las **propias del servicio doméstico**, por citar algunas, en vía puramente*

enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.” (Rad. n.° 36668, 29 jun. 2011).

(ii) De la existencia del contrato de trabajo y la categoría de trabajador oficial.

La condición jurídica de empleado público o trabajador oficial no obedece a la voluntad de las partes, sino a la precisión legal respecto de la entidad a la cual se presta el servicio y a la naturaleza de ésta, así como excepcionalmente a las funciones que desarrolla el servidor. Ese ha sido el entendimiento que le ha dado la jurisprudencia vertical, cuando establece que aún en el evento de haberse vinculado a un empleado público a través de un contrato de trabajo, de prestación de servicios, o de cualquier otra índole o modalidad, este aspecto formal no varía su verdadero estatus jurídico, al punto que si un trabajador oficial es vinculado al servicio oficial por un acto legal y reglamentario, su condición jurídica no se modifica, pues es la ley la que determina la naturaleza jurídica de los empleos y las categorías de servidores del Estado.

Sobre el particular, en sentencia SL1334-2017, ha resaltado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que:

*“...por regla general, las personas que laboran al servicio de las empresas sociales del Estado son empleadas públicas y, por tanto, ligadas por una relación legal y reglamentaria y por vía de excepción, son trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, los servidores públicos que ejercen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de **servicios generales**, por lo que para merecer tal condición, es deber probar que las funciones estaban relacionadas con estas últimas actividades”.*

Frente al particular, anota la Sala que el contrato de trabajo a la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, se configura cuando concurren la: 1) actividad personal del trabajador; 2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, y 3) un salario como retribución del servicio. A su vez, el artículo 20 del citado precepto dispone que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, por lo que corresponde a este último destruir la presunción. Es decir, basta al trabajador demostrar la que prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicho vínculo laboral subordinado.

Bajo ese horizonte, una vez reunidos los tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, tampoco por las condiciones particulares que le asigne el empleador, ni por las modalidades de la labor o por el tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, o el sistema de pago ni de cualquier otra circunstancia, pues, así lo dispone el artículo 3° del citado Decreto y se infiere del principio de realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Igualmente, es bueno poner de presente que la H. Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, refiere acerca de las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, para lo cual precisa que: *“la contratación de prestación de servicios se puede efectuar cuando las actividades de la administración no puedan desarrollarse con personal de planta o cuando sea necesaria la ejecución de labores por parte de una persona natural en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional, prestación que si bien está relacionada con actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, debe ser temporal y existir autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico”*.

Es abundante la jurisprudencia de las altas Cortes que reafirman la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, al constituir una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. En ese mismo sentido, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta (Sentencias H. Corte Constitucional C-614 de 2009 y C-171- 2012; H. Corte Suprema de Justicia SL 5545 de 2019,

SL 199 de 2021, SL 3795 de 2021, SL 3938 de 2021 y artículo 63 de la Ley 1429 de 2010).

(iii) El caso concreto.

Para acreditar la existencia del contrato de trabajo, el demandante allega al plenario la certificación emitida por el Hospital El Socorro E.S.E., el 8 de septiembre de 2017, en donde se certificó:

“Consultados los archivos de la entidad, se pudo constatar que RAFAEL OROZCO ISEDA, perfeccionó con la ESE Hospital El Socorro los siguientes contratos de prestación de servicios:

*Contrato de prestación de servicios N° 047
Duración Convenida: clausula tercera del contrato: 3 meses
Fecha de la firma del contrato: 03, 02, 2014*

*Contrato de prestación de servicios N° 074
Duración convenida: clausula tercera del contrato 4 meses
Fecha de la firma del contrato: 02,05,2014*

*Contrato de prestación de servicios N° 159
Duración Convenida: clausula tercera del contrato: 3 meses y 20 días
Fecha de la firma del contrato: 05,09,2014*

*Contrato de prestación de servicios N° 009
Duración Convenida: clausula tercera del contrato: 4 meses
Fecha de la firma del contrato: 07,01,2015*

*Contrato de prestación de servicios N° 088
Duración convenida: clausula tercera del contrato 6 meses
Fecha de la firma del contrato: 07,05,2015*

*Contrato de prestación de servicios N° 088 adición N° 1
Duración Convenida: clausula tercera del contrato: 1 mes y 24 días
Fecha de la firma del contrato: 07,11,2015*

*Contrato de prestación de servicios N° 054
Duración Convenida: clausula tercera del contrato: 4 meses
Fecha de la firma del contrato: 02,02,2016”.*

A solicitud de la parte actora fue escuchado el testimonio de Roció del Carmen Diaz Navarro, José Carlos Montero Iseda y Tomas Enrique Romero Solano, los cuales fueron enfáticos en manifestar que en efecto el actor le prestó sus servicios personales al Hospital demandado, para desempeñar funciones de seguridad de la E.S.E., pues se encargaba de vigilar la entrada y salida de los usuarios de dicho hospital y además era el encargado de la limpieza, fumigación, almacenamiento de agua entre otras funciones del área de servicios generales.

A esos testigos se les otorga pleno valor probatorio como quiera que Roció del Carmen Diaz Navarro, funge como jefe de personal desde el 12 de julio de 2012 y José Carlos Montero y Tomas Enrique Romero, fueron compañeros de trabajo del actor. El primero prestó sus servicios a la E.S.E. entre el 12 de mayo de 2012 al 7 de noviembre de 2015 y el segundo entre el 7 de noviembre de 2015 hasta el 5 de junio de 2016.

Conforme a lo anterior, queda demostrado la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada, por lo que conforme al Decreto 20 del Decreto 2127/45, obra en favor de Orozco Iseda la presunción que dicha labor estuvo regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole al empleador, probar que la relación fue independiente y sin subordinación, es decir, acreditar el hecho contrario al presumido, situación que no alcanza a materializarse con la sola suscripción de los contratos de prestación de servicios (SL11436-2016).

Tampoco se desvirtuó esa presunción con la declaración rendida por Roció del Carmen Diaz Navarro, como lo afirma la demandada en su recurso, como quiera que la misma testigo afirma que la labor prestada por el actor era necesaria para la efectiva operación de la E.S.E., pero que al no tener la capacidad financiera se contrataba a través de Contratos de Prestación de Servicios Independientes. Contrato que fue prestado de manera subordinada tal como lo depusieron los testigos José Carlos Montero y Tomas Enrique Romero, quienes coincidieron en decir que la encartada le imponía horario laboral, le entregaba las herramientas de trabajo y le daba ordenes e instrucciones, rasgos propios de subordinación laboral.

Del análisis en conjunto de los elementos de prueba, se verifica que la labor desarrollada por el promotor del juicio al servicio de la demandada como celador y auxiliar de servicios generales, está destinada al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, por lo que se trata de un trabajador oficial y la suscripción sucesiva y prolongada de múltiples contratos de prestación de servicios, revela que la vinculación no obedecía a una circunstancia excepcional y transitoria, sino permanente en el desarrollo del objeto de la entidad (CSJ SL 15964-2016).

Puestas las cosas de esta manera, resulta claro que la demandada incumple la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demuestra los supuestos en los que funda su defensa, como quiera que por ningún medio logra acreditar que el demandante realizaba sus funciones de manera autónoma e independiente.

Por tanto, es evidente que la entidad disfrazó el contrato de trabajo que lo ataba con el promotor del juicio, pues acudió a una forma de vinculación inadecuada, como el contrato de prestación de servicios para servirse de un trabajo consistente en labores de celaduría y servicios generales, por ello, debía ser contratado de manera directa. En consecuencia, tal como concluyó el juez de conocimiento, entre las partes si existió un verdadero contrato de trabajo conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas regulado desde la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, así como en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Bajo ese panorama, la Sala confirma la sentencia apelada en este punto.

- De La Sanción Moratoria.

El artículo 1° del decreto 797 de 1949, modificado por el artículo 52 del decreto 2127 de 1945, dispone que:

“Salvo estipulación expresa. en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las Retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un Juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia”.

Sin embargo, esa sanción no opera de forma objetiva y automática, puesto que habrá de valorarse la conducta del empleador que no cumplió con su obligación legal de pagar los salarios y prestaciones del trabajador (SL1012 de 2015, SL1920 de 2019 y SL 593 de 2021).

En el caso bajo estudio, es evidente la mala fe del empleador, al mantener oculta una verdadera relación laboral subordinada con el demandante bajo

unos supuestos contratos de prestación de servicios, pues conforme a los medios probatorios obrantes en el proceso se pudo determinar que las funciones a cargo del demandante como vigilante y auxiliar de servicios generales, eran propias de un trabajador oficial, se ejercían en las instalaciones de la misma, con uso de los medios y elementos que esta le proporcionaba, bajo un horario de trabajo, lineamientos y procedimientos señalados por la E.S.E, tal como lo manifestaron los testigos José Carlos Montero Iseda y Tomas Enrique Romero Solano, quienes eran compañeras de trabajo para las fechas en que se ejecutaron los contratos de trabajo declarados por el *a quo*.

En el mismo sentido, la suscripción sucesiva y prolongada de varios contratos de prestación de servicios (f.º 16), lleva a la Sala a concluir que la vinculación del actor no obedeció a una circunstancia excepcional y transitoria, sino permanente en el desarrollo del objeto de la entidad. Además, el hecho de haber actuado bajo el convencimiento de estar en presencia de unos contratos de prestación de servicios no denota buena fe, por el contrario, evidencia su intención de desconocer derechos laborales que le pertenecen al trabajador. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL4040-2021, enseñó que:

“Los contratos de prestación de servicios y las certificaciones que los acreditan no son prueba suficiente de un actuar provisto de buena fe, sino que, por el contrario, acreditan la intención de ocultar verdaderas relaciones laborales”.

Posición que se acompasa con lo dicho por esa misma Corporación en la sentencia SL9641-2014, en la que en lo pertinente se dijo:

“De igual modo, la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando bajo un vínculo no laboral, pues, en todo caso, es indispensable verificar «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción” - reiterada en la sentencia SL1439-2021-.

En cuanto a la fecha en que debe iniciar a contabilizarse esa condena, es a partir del día 90 de haber terminado el contrato de trabajo, tal y como lo dispuso el juez de primera instancia, de conformidad con lo estatuido en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y no desde la emisión de la decisión judicial como lo pretende la demandada.

En consecuencia, no hay lugar a modificar la sentencia apelada en este punto.

- **De la Falta de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones.**

La Jurisprudencia vertical de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL14388-2015, reiterada en la SL2885-2018, tiene decantado que cuando se declare judicialmente la existencia de un contrato realidad, al omitir el empleador afiliar a su trabajador al sistema de seguridad social en pensión, lo procedente no es el pago de las cotizaciones dejadas de efectuar junto a los intereses previstos en el artículo 23 de la ley 100 de 1993, sino el traslado del valor del cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social. En palabras del alto Tribunal señaló:

*“La Corte también ha tenido la oportunidad de analizar situaciones en las que se solicita **la declaración de contratos de trabajo, por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades**, y, como consecuencia de su declaración, surge la obligación del empleador de afiliación del trabajador al sistema de pensiones, así como su consecuente incumplimiento.*

*Ante dicho panorama, valiéndose de las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, **la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social, que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes.** (Negrilla fuera del texto original).*

Posición reiterada recientemente en sentencias CSJ SL2236-2021 y SL3956-2021.

Así las cosas, al haberse declarado en el *sub examine* la existencia de un contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, conforme a la línea jurisprudencial señalada, la Sala modifica la sentencia acusada en este punto, para en su lugar, condenar a la demandada a pagar el valor del cálculo actuarial correspondiente a la reserva de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta los periodos y salario base de cotización descritos por el *a quo*, previa liquidación que del mismo efectúe el ente de seguridad social que asuma el reconocimiento de la pensión de vejez del actor.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

V. DECISIÓN

Por lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, SALA N°2 CIVIL – FAMILIA – LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el literal “E” del numeral “SEGUNDO” de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 21 de noviembre de 2018, en el sentido de condenar a la demandada a pagar el cálculo actuarial correspondiente a la reserva de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, previa liquidación que del mismo efectúe el ente de seguridad social que asuma el reconocimiento de la pensión de vejez del actor, de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en los demás.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH

Magistrado

(Con manifestación de impedimento)

JESUS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

Magistrado