



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

REF. Ordinario Laboral
RADICACIÓN No. 20001.31.05.002.2010 - 00649-01
DEMANDANTE: Rubén Darío Correa Charris
DEMANDADO: Emdupar SA ESP
MAGISTRADO PONENTE
Dr. ÁLVARO LÓPEZ VALERA
CONSULTA DE SENTENCIA

Valledupar, Septiembre Veinticuatro (24) de Dos Mil Veinte (2020)

FALLO

Procede la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral que RUBEN DARIO CORREA sigue a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE VALLEDUPAR – EMDUPAR SA ESP con fundamento en las medidas legislativas adoptadas por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 del 4 de junio de 2020 en su artículo 15, procede a resolver la consulta de la sentencia proferida el 15 de febrero de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- LA PRETENSIÓN

RUBEN DARIO CORREA, por medio de apoderado, demanda a la EMDUPAR SA ESP, para que mediante los trámites propios del proceso ordinario laboral se

le condene a realizar en su favor las cotizaciones en pensión y salud al Sistema General de Seguridad Social, correspondiente al periodo comprendido entre el 07 de noviembre de 1985 al 15 de junio de 1992.

Solicitó igualmente el reconocimiento y pago de los intereses moratorio o indexación sobre las condenas impuestas, así como el pago de las costas del proceso.

1.2.- LOS HECHOS

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que Rubén Darío Correa, prestó sus servicios como trabajador de la demandada del 07 de noviembre de 1985 al 15 de julio de 1992.

Al dar por terminado el contrato, Emdupar sa esp, negó el pago de prestaciones sociales y seguridad social, argumentando que el actor fue vinculado a través de un contrato de prestación de servicios.

Mediante sentencia del 12 de junio de 1996, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, declaró la existencia del contrato entre Rubén Darío Correa Charris y Emdupar sa esp, cuyos extremos temporales fueron del 07 de noviembre de 1985 al 15 de julio de 1992, ordenando además el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones.

En esa oportunidad, no fue objeto del litigio el reconociendo y pago de las cotizaciones a la seguridad social en salud y pensión.

El 10 de abril de 2008, el demandante presentó reclamación administrativa a la demandada solicitándole el

pago de las cotizaciones a la seguridad social aquí pretendidas.

1.3.- LA ACTUACIÓN SURTIDA

Por venir en legal forma la demanda, fue admitida por medio de auto del 24 de enero del 2011 (fl 28), y una vez efectuada la notificación del auto admisorio y corrido el traslado de la demanda en legal forma, fue contestada en el término legalmente establecido para ello.

Al dar respuesta a la demanda, Emdupar sa esp, aceptó algunos hechos y negó otros, para finalmente oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda con fundamento en que no existen fundamentos facticos ni jurídicos para otorgar el derecho aquí reclamado.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de las obligaciones demandadas”, “prescripción” y “tramite inadecuado de la acción”.

1.4.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

Después de valorar el material probatorio aportado al proceso, en torno a definir la pretensión, el juez de primera instancia declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto de la existencia del contrato de trabajo, y absolvió del pago de las cotizaciones en pensión reclamadas, con fundamento en que al actor ya se le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, mediante

Resolución N° 7885 del 2010, dado a que este declaró su incapacidad para seguir cotizando, además porque de ordenarse el pago de esas cotizaciones serian a través de un bono pensional tipo “B”, el cual se expide exclusivamente para garantizar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, mas no para tasar una indemnización sustitutiva.

Respecto de las cotizaciones en salud, negó su reconocimiento, indicando que la legislación impide la posibilidad de realizar afiliaciones retroactivas.

II.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La consulta de la sentencia de primera instancia se surte ante esta Sala por expresa disposición del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por haber sido la misma adversa a la totalidad de las pretensiones del trabajador.

Los consabidos presupuestos procesales, demanda en forma, capacidad de parte, capacidad procesal y competencia se hallan cumplidos en el presente caso, motivo por el cual el proceso se ha desarrollado normalmente, y por ende, se impone una decisión de fondo. Desde el punto de vista de la actuación tampoco observa la Sala causal de nulidad que pueda invalidar el proceso, de modo que ello aunado a lo anterior, obliga a adoptar una decisión de esa naturaleza.

*Bajo ese contexto se tiene que, el **problema jurídico** puesto en consideración de este Tribunal consiste en establecer si fue acertada la decisión del juez de primera instancia de absolver a la demandada del pago de las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud y*

pensión o si por el contrario debió imponer condenas por estos conceptos.

La solución que viene a ese problema jurídico es la de declarar errada la decisión del juez de primera instancia, de absolver a la demandada de la totalidad de las presiones de la demanda, como quiera que al no haber discusión de la existencia del contrato de trabajo entre Rubén Darío Correa como trabajador y Emdupar sa esp, como empleador, entre el 07 de Noviembre de 1985 al 15 de Julio de 1992, y al no demostrar esta última haber afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a quien fue su trabajador, deviene en procedente acceder a las peticiones de condena incoadas en su contra.

Primigeniamente debe decirse que no existe discusión en el presente litigio respecto de la existencia del contrato de trabajo que hubo entre Rubén Darío Correa Charris y Emdupar sa esp, ejecutado del 07 de noviembre de 1985 al 15 de julio de 1992, dado que así lo acepta la demandada, al contestar la demanda.

Siendo lo anterior de ese modo, resta verificar si en la demandada está obligada a realizar las cotizaciones en salud y pensión, en favor del actor, respecto del periodo comprendido entre el el 07 de noviembre de 1985 al 15 de julio de 1992, para ello, se tiene que el artículo 17 de la ley 100 de 1993, dispone que: “Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen”.

Y el artículo 22 *ibidem*, en ese orden establece que:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”.

Obligaciones que venían desde la promulgación de la ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966.

En torno a este tópico, a partir de sentencias como la CSJ SL, 27 en. 2009, rad. 32179, reiterada en las CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398; CSJ SL464-2013 y CSJ SL16715-2014, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que las normas llamadas a definir los efectos de la “falta de afiliación” o de la “mora” en el pago de los aportes al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados. Ello a diferencia de los procedimientos de cobro de aportes en mora e imputación de pagos a cargo de las entidades de seguridad social, que, por su naturaleza, sí deben regirse por las normas vigentes al tiempo de la omisión.

Ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ese sentido, que:

“...las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera.” Ver CSJ SL2731-2015.

Conviene advertir, que pese a que la ley 100 de 1993, no se encontraba vigente cuando se produjo el incumplimiento del empleador en su afiliación, la misma es perfectamente aplicable a casos ocurridos con anterioridad a la misma, como sucede en este caso, tal cual se desprende de su tenor literal; es decir, que el querer del legislador fue el de solucionar aquellos eventos en los cuales, antes de entrar a regir el Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994, en este caso), los empleadores no hubieran cumplido con la afiliación obligatoria al régimen de prima media con prestación definida.

Entonces, los empleadores omisos en su deber de afiliación al régimen de pensiones en cualquier época, esto es, antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, deben emitir el correspondiente cálculo actuarial mediante bono o título pensional, al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, del 20 de mar. de 2013, rad. 42398, expuso la carga económica que deben asumir los empleadores que no afiliaron o no cotizaron a

cuenta y nombre de sus trabajadores con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

(...) “En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”.

En el presente asunto, no se observa que EMDUPAR SA ESP, haya afiliado al aquí demandante al subsistema de seguridad social en pensiones, ni que haya realizado las cotizaciones correspondientes al periodo que laboró para ella, que lo fue del 7 de noviembre de 1985 al 15 de julio de 1992, razón por la cual, al ser esa una obligación del empleador, y al no haber sido satisfecha por Emdupar sa esp, lógico resulta concluir que lo procedente en este asunto es ordenarle a esta que pague con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador no afiliado, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensiona, teniendo como IBC, la suma equivalente al Salario Mínimo Legal Mensual vigente para los años 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, esto como quiera que no se acreditó en el plenario un Salario mayor para esos años, no así respecto del año 1992, que conforme a la prueba documental de folio 13, el IBC a tener en cuenta corresponde a la suma de \$112.562.

No son de recibo los argumentos esgrimidos por el juez a quo, para negar ese reconocimiento, solo por el hecho de

haber recibido el actor una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por haber declarado el afiliado su imposibilidad de seguir cotizando, en tanto que los valores por concepto de cotizaciones objeto del presente litigio, pueden servir para estructurar otra contingencia como lo es la invalidez o la muerte, como quiera que, si bien las regulaciones anteriores a la Ley 100 de 1993 (concretamente, el artículo 13 del Decreto 3041 de 1966) señalaban que quienes aceptaban la indemnización sustitutiva no podían seguir cotizando válidamente al sistema general de pensiones, es de resaltar que el sistema actual no contempla expresamente esa prohibición. Esta situación no sólo ha sido reconocida por la jurisprudencia Constitucional¹, sino también por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en providencia del año 2007 señaló que:

“lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez”².

Por lo anterior, puede afirmarse que quien recibió una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez puede seguir cotizando al sistema pensional válidamente con el objeto de cubrir riesgos diferentes, tales como la invalidez o la muerte. En otras palabras, puede decirse que, actualmente, tanto la jurisprudencia Constitucional como Laboral, reconocen que las disposiciones sobre indemnización sustitutiva contenidas en la Ley 100 de 1993 y en los Decretos dictados con anterioridad a la

□

¹ Sentencia T-656/16

² Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Radicación No.30123, del 20 de noviembre de 2007. MP. Camilo Tarquino Gallego. En el mismo sentido, ver Sentencia con Radicación n° 46194, MP. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

misma deben interpretarse de un modo amplio, entendiendo que una persona que ha recibido la mencionada indemnización como sustituto de la pensión de vejez no puede seguir cotizando a efectos de alcanzar este tipo de prestación pero sí para pensionarse por una contingencia diferente, cubierta por el régimen de pensiones.

Tampoco tiene acogida en esta Sala el argumento del juez de primer grado, cuando indica que de acceder a las pretensiones de la demanda se le ordenaría a EMDUPAR SA ESP, el pago de la reserva actuarial constituido en un Bono pensional tipo “B” y que este se emite exclusivamente para garantizar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, situación que no se ajusta a la realidad normativa, toda vez que el artículo 115 de la ley 100 de 1993, dispone que “los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones”, y no únicamente para amparar el riesgo de vejez, como lo señaló el juzgador de instancia en la sentencia consultada.

En torno a la excepción de prescripción alegada por la demandada, debe decirse que, en sentencias como las CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción. En similar dirección, en sentencias como las CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, y CSJ SL2944-2016, señaló que “...el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del

derecho a la pensión, no están sometidos a prescripción...”, razón por la cual se declarará no probada esta excepción.

En lo que tiene que ver, con los aportes a seguridad social en salud, no se impondrá condena por este concepto, de acuerdo a lo ya establecido por la jurisprudencia vertical de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL297-2018, reiterada en la SL1393-2019, en la que se dijo:

“Ahora bien, en lo que tiene que ver con los aportes a la salud, la Sala ha considerado que no es dable cancelar directamente al trabajador los aportes a la seguridad social que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque únicamente en casos previamente definidos en la ley se pueden devolver aquellos efectuados de más, pero no puede ordenarse el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado la Corte que lo procedente frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos”.

Ello significa que los aportes en salud implican que la correspondiente EPS hubiera asumido los pagos propios del subsistema de salud en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación al riesgo de salud, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por este concepto, no se impondrá condena alguna.

En este orden de ideas, la sentencia consultada será revocada en lo relativo al pago de las cotizaciones a la seguridad social en pensión.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: *Revocar los numerales Primero, Segundo, Tercero de la parte resolutive de la sentencia, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 15 de febrero de 2016.*

SEGUNDO: *condenar a la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar EMDUPAR SA ESP, a que pague en favor de Ruben Dario Correa Charris, la suma correspondiente al cálculo de la reserva actuarial, a satisfacción de la entidad administradora de pensiones Colpensiones Eice, el cual estará representado por un bono o título pensional, respecto del periodo comprendido entre el 07 de noviembre de 1985 al 15 de julio de 1992, teniendo como Ingreso Base de Cotización, la suma equivalente al Salario Mínimo Legal Mensual vigente para los años 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991 y para 1992, debe tenerse la suma de \$112.562.*

Parágrafo: *comuníquese de esta decisión a la administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, para lo de su competencia.*

TERCERO: *declarar no probada las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción propuestas por Emdupar sa esp.*

CUARTO. Condénese en constas a la parte demandada y a favor del demándate, fijense y liquidense en el juzgado de origen.

Quinto: Ejecutoriada la presente diligencia devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Esta decisión se adoptó en sala virtual de la fecha, en atención a la medida que el Consejo Superior de la Judicatura dispuso en Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, relativa al trabajo en casa, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, ante la presencia de la enfermedad denominada COVID-19.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



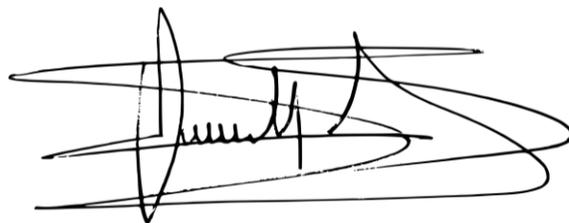
ALVARO LÓPEZ VALERA

MAGISTRADO.

(impedido, profirió sentencia primera instancia)

JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ

MAGISTRADO



OSCAR MARINO HOYOS GONZALEZ

MAGISTRADO