TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente. No. 25386 31 03 001 2019 00103 01

Oscar Andrés Díaz Moreno vs. Edwin Pineda Quintero

Bogotá D. C., nueve (09) diciembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el accionado contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia**.**

Previa deliberación de los magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Oscar Andrés Díaz, mediante apoderada judicial, promovió proceso ordinario laboral contra Edwin Pineda Quintero en su condición de propietario del establecimiento de comercio "*Surtidora de Aves N.E* ", para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, vigente del 1° de julio de 2017 al 20 de enero de 2019; en consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las mismas, primas, vacaciones, subsidio de transporte, aportes a pensión en el fondo Porvenir S.A. y a riesgos laborales en la ARL Positiva, indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST, indexación, lo *ultra y extra petita* y costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido manifestó, en síntesis, que el 1° de julio de 2017, se vinculó laboralmente con el demandado, bajo la modalidad

de un contrato de prestación de servicios verbal, para trabajar en el establecimiento de comercio de su propiedad, denominado "*Surtidora de Aves N.E*.", en labores de *domiciliario*, entregando los pedidos de comida puerta a puerta en el municipio el Colegio - Cundinamarca, a cambio de un salario de $980.000, más subsidio de almuerzo de $2.000 diarios y el promedio de horas extras que ascendía aproximadamente de $740.101, en el horario de 10:00 a.m. a 10:00 p.m. de lunes a domingo, descansando el miércoles; vínculo que terminó el 20 de enero de 2019 por voluntad del actor.

Informa que durante la vigencia de la relación de trabajo, no fue afiliado al sistema de seguridad social -salud, pensión, riesgos laborales-, *"…ni exigió certificación de afiliación aun cuando pretendía distraer la existencia de la relación de trabajo bajo la modalidad del "contrato de prestación de servicios verbal" …",* y a la finalización del contrato, el empleador no le canceló las acreencias que reclama con esta acción; señala que el 12 de marzo de 2019 lo citó al Centro de Conciliación del Ministerio de Trabajo, Oficina de Soacha, para intentar un arreglo conciliatorio, pero no asistió en la fecha programada -28 de marzo de 2019-, según constancia que allega.

La demanda fue presentada inicialmente ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Colegio - Cundinamarca, autoridad judicial que con auto de 11 de junio de 2019, la rechazó por falta de competencia y la remitió al Juzgado Civil del Circuito de la Mesa; quien, con proveído de 19 de septiembre siguiente, la admitió y dispuso la notificación personal del libelo al extremo pasivo, la que se surtió en legal forma (fl. 39 y 40 PDF 01).

2. Contestación de la demanda. El demandado Edwin Pineda Quintero a través de apoderado judicial, dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumenta que con el actor se presentó un convenio de trabajo por días y pago por turnos de $35.000 diarios, siendo de su conocimiento que en el pago estaban integradas las prestaciones sociales, convenio que tiene impresa la buena fe de las partes; que cuando el actor se reportaba el lunes enfermo *"…o como siempre enguayabado…"* se asumieron todos los gastos como corresponde; que el gestor dio por terminado

de manera voluntaria el contrato el día 20 de enero de 2019 y no volvió al establecimiento de comercio, violando el artículo 64 del CST, dado que debió haberlo anunciado previamente, lo cual no hizo, dando lugar a resarcir los perjuicios causados, por lo que no procede la indemnización solicitada en la demanda por terminación unilateral y sin justa causa del contrato; como tampoco las sanciones moratorias, ya que su actuar estuvo revestido de buena fe y con la certeza de no adeudarle prestaciones sociales.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, carencia absoluta del derecho reclamado, cobro de lo no debido temeridad y mala fe, y la "genérica" (fls. 49 a 59 PDF 01).

3. Sentencia de primera instancia. La Jueza Civil del Circuito de La Mesa - Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021, declaró la existencia de dos contratos de trabajo realidad entre las partes, el primero vigente entre el 1° de julio de 2017 y el 26 de agosto de 2018, y el segundo del 17 de septiembre de 2018 al 20 de enero de 2019 y condenó al demandado pagarle por esos interregnos las siguientes sumas y conceptos: $1'282.666.67 y 289.833 por cesantías, $153.920 y $34.780 por intereses a las cesantías, $1'282.666.67 y $289.833 por primas, $641.333.33 y 144.917 por compensación de vacaciones, $281.073 por diferencia de auxilio de transporte, los aportes a pensión con destino a la AFP Porvenir S.A., por el tiempo de vigencia de cada uno de los contratos, con un IBC de $1.110.000 mensuales, indexación de las cantidades correspondientes a las vacaciones; absolvió al demandado de las demás súplicas y le impuso costas, fijando como agencias en derecho la suma de $400.000.

Recurso de apelación parte demandada. Inconforme con la sentencia, presentó recurso de apelación, que sustentó en los siguientes términos*:*

"…Su señoría, escuchado la sustentación de la sentencia y fallos condenatorios y fallos de exoneración solicito a su señoría que interpongo recurso de apelación con respecto a la condena con respecto a los aportes a la seguridad de pensión en razón de: Del testimonio del señor Fernando Álvarez y del mismo demandante, en la cual aduce que él tiene el Sisben por

parte de la Alcaldía y que por esta razón no aceptaba, no accedía con la inscripción o el registro del Seguro Social, él mismo se está negando; aunque se, conozco la ley, que la seguridad social es obligatoria para esta clase de relaciones laborales, pero insto esta apelación, en razón a que el mismo demandado (sic) en su interrogatorio me lo manifiesta que el no aceptó esta clase de afiliación por tener Sisben; igual con el testimonio del señor Fernando que el también lo aduce, por tal razón él mismo no está aceptando y no se es dado a que esa negación que hace la parte demandante de no aceptar eso, se condene al demandado por esta partida. De esta manera sustento mi recurso de apelación con respecto al punto de la condena de los aportes a la seguridad de pensión. Muchas gracias su señoría..."

4. Alegatos de conclusión. Dentro del término de traslado, solo el demandado Edwin Pineda Quintero, presentó alegaciones de segunda instancia, insistiendo en que no debe condenarse al demandado al pago de los aportes a pensión reiterando que, como el actor admitió que estaba afiliado al Sisben y fue aquél quien se negó a que se le vinculara a otra entidad, no resulta responsabilidad en el demandado, dado que nadie está obligado a lo imposible, según el principio universal y el aforismo jurídico *"IMPOSSIBILIUM NULLA OBLIGATIO"*.

5. Problema (s) jurídico (s) a resolver. Con arreglo al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTSS, esta Sala verificará si hay lugar a imponer la condena por aportes a pensión a favor del demandante como lo dispuso la jueza, o si por el contrario, como lo opone el recurrente, ello no es factible porque el demandante estaba afiliado al Sisben y se negó a que fuera afiliado por parte del demandado.

6. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s). De antemano la sala anuncia que la sentencia apelada será **modificada en el núm. 6º** y **confirmada** en lo demás.

7. Fundamentos normativos y jurisprudenciales. Arts. 48, 53 de la C.P., 145 del CPTYSS, 167 del CGP, 1°, 15, 17, 22, 33 Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, Decreto 1887 de 1994. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencias SL19556-2017 y SL046-2020 Rad. 69610 de 20 de enero de 2020.

8. Cuestión preliminar. En este asunto no fue objeto de inconformidad la decisión de la jueza de instancia, en cuanto a la declaración de los dos contratos de trabajo entre las partes, vigente el primero entre el 1° de julio de 2017 y el 26 de agosto de 2018, y el segundo del 17 de septiembre de 2018 al 20 de enero de 2019, nexos en los cuales el actor se desempeñó como *domiciliario* del establecimiento de comercio de propiedad del aquí demandado *"Surtidora de Aves N.E."*, devengando como salario la suma equivalente a $1'110.000, contratos que terminaron por decisión voluntaria del trabajador, como tampoco las condenas impuestas con excepción de la relacionada al pago de los aportes a seguridad social en pensión, por lo que, de conformidad al principio de consonancia, la Sala exclusivamente centrará su estudio en tal condena, dado que carece de competencia para referirse a los demás temas, por la sencilla razón que fueron aceptados por el demandado.

Consideraciones.

La Ley 100 de 1993, señala en su artículo 1°, como objetivo del Sistema de Seguridad Social Integral, garantizar los derechos "*irrenunciables*" de la persona y la comunidad para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten; constituyéndose el derecho a la pensión en una de esas contingencias que protege el sistema y que se torna en irrenunciable, como la jurisprudencia lo tiene concebido.

Así, el artículo 15 de dicha normatividad, prevé la afiliación obligatoria al Sistema General de Pensiones, para aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, entre otras, como es el caso del aquí demandante; y el artículo 17 ibídem, establece la obligatoriedad de las cotizaciones, señalando: *"(…) Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, 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 devengue.- La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.- Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuado el afiliado o el empleador en los dos regímenes…*"

Bajo ese panorama, se colige que corresponde al empleador sufragar o efectuar los aportes para pensión durante la vigencia del contrato de trabajo, para cubrir dicho riesgo hacía el futuro, donde la misma Ley -art. 22 ibídem- y la Constitución Política -art. 48- imponen la obligación al patrono de cumplir con estas cotizaciones a la Seguridad Social y consagra, como ya se dijo, este derecho es irrenunciable. La falta de pago va a redundar en perjuicio del extrabajador, al verse menguados por la omisión de su antiguo empleador, sus aportes para una futura pensión, obligación que solo cesa cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a dicha prestación, ya sea por vejez, invalidez, o anticipadamente, sin perjuicio de los aportes voluntarios, según el artículo transcrito.

Téngase en cuenta que, el empleador es responsable de los aportes a su cargo y de los que correspondan a sus trabajadores, por lo que debe descontar del salario de cada afiliado, al momento del pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y de las que voluntariamente y de manera expresa haya autorizado el empleado por escrito, trasladando dichas sumas a la entidad elegida, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos establecidos, respondiendo por la totalidad del mismo, aun en el evento en que no hubiere efectuado la deducción al trabajador, artículo 22 de la Ley 100/93.

Ahora, la circunstancia referida por el apelante, en cuanto a que la afiliación no se dio por encontrarse el trabajador afiliado al Sisben, como éste lo admitió en el interrogatorio de parte; no es óbice para el cumplimiento de las obligaciones del empleador; recordemos que es un derecho irrenunciable, y la situación mencionada no exoneraba al empleador de sus obligaciones obrero-patronales, más aún cuando realmente la vinculación al Sisben garantiza la prestación del servicio en el sistema de Salud y no en el de pensiones, que es lo que se echa de menos en el presente asunto, de tal manera que esa omisión no se justifica de ninguna manera por el hecho que el demandante no quisiera que se efectuara tal aportación, al estar afiliado, se reitera al Sisben.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia ha señalado que los deberes y responsabilidades derivados del sistema de seguridad social, tienen una especial naturaleza, es diferente y supera la de las simples obligaciones civiles y comerciales, que sería el evento en el que se aplicaría el aforismo citado en sus alegaciones por el recurrente *"IMPOSSIBILIUM NULLA OBLIGATIO",* en cuanto a que nadie está obligado a lo imposible; ello, ya que "*la sola relación de trabajo tiene la fuerza jurídica necesaria para fundar y justificar la obligación del empleador de asumir las prestaciones de la seguridad social o de concurrir a su financiación, como un corolario natural del trabajo*" (CSJ SL19556-2017); en ese orden, tal obligación, no debe entenderse derivada del tradicional concepto de responsabilidad por culpa o negligencia, sino de los efectos del trabajo humano y de la irrenunciabilidad de los beneficios derivados del mismo.

Sobre este aspecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL046-2020 Rad. 69610 de 20 de enero de 2020, reiteró lo señalado en providencia SL19556-2017, oportunidad en la que indicó:

> *"…En efecto, aunque pudiera admitirse que el empleador no tuvo culpa alguna en el incumplimiento de la afiliación, lo cierto es que, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta sala, los deberes y responsabilidades derivados del sistema de seguridad social tienen una especial naturaleza jurídica, encaminada a la protección del trabajo y del individuo, de manera que la obligación del empleador de asumir el pago de las prestaciones, en estos especiales eventos de falta de afiliación, no debe entenderse derivada del tradicional concepto de responsabilidad por culpa o negligencia, sino de los efectos del trabajo humano y de la irrenunciabilidad de los beneficios derivados del mismo.*
>
> *En ese sentido, si bien en condiciones normales, bajo el tradicional derecho de las obligaciones, no podría responsabilizarse al empleador por los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del deber de afiliación, por razones ajenas a su voluntad, lo cierto es que, se repite, la naturaleza jurídica de las obligaciones derivadas de la seguridad social es diferente y supera la de las simples obligaciones civiles y comerciales o del concepto de daño y reparación, de manera que no es posible admitir de manera pura y simple que el empleador, en estos especiales eventos, se libera de cualquier responsabilidad y que el trabajador pierde los efectos de su trabajo, las semanas de cotización o las prestaciones que le corresponden.*
>
> *En este contexto, a partir de principios como la dignidad humana, la solidaridad, la seguridad y la protección social, la sola relación de trabajo tiene la fuerza jurídica necesaria para fundar y justificar la obligación del empleador de asumir las prestaciones de la seguridad social o de concurrir a su financiación, como un corolario natural del trabajo". En ese orden de ideas, es claro que la fuerza mayor no puede invocarse como eximente de responsabilidad en el caso en que la sociedad no afilió a su trabajadora al ISS, pues tal situación, ya sea por falta de cobertura del ISS o por impedimentos en*

la afiliación por situaciones derivadas de actuaciones de terceros, no implica, de modo alguno, que dicho trabajador pierda las semanas laboradas para efectos pensionales, toda vez que la empleadora conserva las responsabilidades pensionales derivadas del vínculo de trabajo; por tanto, el sentenciador de alzada no infringió las normas a que aludió el censor en la proposición jurídica de los ataques...”

Bajo ese panorama, no es factible exonerar al empleador de la responsabilidad que le competía frente a la afiliación y pago de los aportes a seguridad social en pensión de su trabajador durante la vigencia de los dos contratos declarados; por lo que se confirmará la condena impuesta.

Para el cumplimiento de la misma, atendiendo lo señalado en el inciso 2° del literal e) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la Sala precisa que el empleador debe trasladar la suma correspondiente a los periodos determinados y con base en el IBC señalado por la jueza, aspecto que no fue materia de controversia; a satisfacción de Porvenir S.A., entidad administradora a la que se encuentre afiliado el trabajador, según lo informado en la demanda, con base en el cálculo actuarial (Decreto 1887 de 1994 y normas concordantes); para lo cual se concederá al demandado un plazo de 5 días hábiles desde la ejecutoria de la sentencia para elevar la solicitud de cálculo actuarial a la AFP y una vez realizado, 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que la parte demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, tal diligencia deberá adelantarla el demandante, por ende se modificará el numeral 6o de la sentencia apelada con esta precisión.

En los anteriores términos queda estudiado el recurso de apelación del demandado. Ante lo desfavorable del mismo se condena en costas a dicha parte. Se fija como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigente.

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

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Resuelve:

Primero: **Modificar** el numeral 6° de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por Juzgado Civil del Circuito de La Mesa – Cundinamarca, para precisar que para el pago de los aportes a pensión allí ordenados, el empleador debe trasladar la suma correspondiente con base en el cálculo actuarial de los periodos determinados -1° de julio de 2017 al 26 de agosto de 2018 y 17 de septiembre de 2018 al 20 de enero de 2019-, y con el IBC señalado en la sentencia que se revisa -$1.110.000-, a satisfacción de Porvenir SA., entidad administradora a la que se encuentre afiliado el trabajador; para lo cual se concederá al demandado 5 días hábiles desde la ejecutoria de la sentencia para elevar la solicitud de cálculo actuarial y una vez realizado, 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la mencionada administradora, y en el evento que la parte demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, tal diligencia deberá adelantarla el demandante.

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia apelada

Tercero: Condenar en costas al demandado. Se fija como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuarto: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente digitalizado al juzgado de origen, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,

MARTHA RUTH OSPINA GAÌTÁN
Magistrada

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JOSE ALEJANDRO TORRES GARCIA
Magistrado