

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL

28 de marzo 2022

Aprobado mediante Acta N° 33 del 28 de marzo de 2022

20-001-31-05-004-2016-00693-01 Proceso ordinario laboral promovido por HERNANDO TORRES MARTÍNEZ contra EMDUPAR S.A E.S.P. y otro.

1. OBJETO DE LA SALA.

En aplicación del decreto 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 15, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ**, **JESÚS ARMANDO ZAMORA SUAREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 09 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1 DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

2.1.1. HECHOS.

2.1.1.1 Manifestó que el señor **HERNANDO TORRES MARTÍNEZ** trabajó para **EMDUPAR S.A E.S.P.** desde el 16 de febrero de 1990 hasta el 30 de noviembre de 1993, ejerciendo el cargo de auxiliar de servicios. El salario devengado por el demandante era \$130.454.

2.1.1.2. Adujo que **EMDUPAR S.A E.S.P.** omitió afiliar al demandante al sistema de seguridad social en pensión, dejando de cotizar el interregno de tiempo entre el 16 de febrero de 1990 al 27 de enero de 1991.

2.1.1.3. Expuso que en **EMDUPAR S.A E.S.P.** existió un sindicato denominado “*SINTRAEMDES*” el cual tenía afiliados a más de la tercera parte de los trabajadores el cual hacía extendía a todos las personas que laboraban los beneficios que gozaban los sindicalizados, por tanto, el actor le eran aplicables dichos beneficios.

2.1.1.4. Que la parte activa de la litis presentó demanda en contra de **EMDUPAR S.A E.S.P.** con el fin de que se declarara la existencia de un contrato de trabajo, mediante sentencia del 02 de septiembre de 1997 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar declaró la existencia del contrato entre las partes desde el 16 de febrero de 1990 hasta el 30 de noviembre de 1993.

2.1.1.5 Pese a la declaratoria de la existencia del trabajo **EMDUPAR S.A E.S.P.** solo cotizó al fondo de pensiones ISS, hoy COLPENSIONES durante el periodo de 28 de febrero de 1991 al 01 de diciembre 1992 y no tuvo en cuenta los factores salariales de la convención colectiva.

2.1.1.6. En consecuencia, **EMDUPAR S.A E.S.P.** no cotizó en los periodos que corresponden a 16 de febrero de 1990 al 27 de enero de 1991 y el 02 de diciembre de 1992 al 30 de noviembre de 1993.

2.1.1.7. Que agotó el requisito de procedibilidad.

2.2 PRETENSIONES.

2.2.1 Que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **HERNANDO TORRES MARTÍNEZ** y la **EMDUPAR S.A E.S.P.**

2.2.2 Que se declare que la entidad prestadora de servicios públicos demandada no afilió al demandante al sistema de seguridad social en pensión entre el 16 de febrero de 1990 al 27 de febrero de 1991 y entre el 02 de diciembre de al 30 de noviembre de 1993.

2.2.3 Que se condene a **EMDUPAR S.A E.S.P.** a pagar el cálculo actuarial a **COLPENSIONES** por los periodos de tiempo comprendidos entre el 16 de febrero de 1990 al 27 de febrero de 1991 y el 02 de diciembre de 1992 al 30 de noviembre de 1993.

2.2.4 Que se condene a **EMDUPAR S.A E.S.P.** a pagar los intereses moratorios por no pagar los aportes a seguridad social en pensión en favor del demandante.

2.2.5 Ordenar a COLPENSIONES a recibir el pago del cálculo actuarial y las cotizaciones con sus intereses moratorios dejadas de reportar por EMDUPAR S.A E.S.P.

2.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.3.1 COLPENSIONES.

Mediante apoderado judicial contestó la demanda de la siguiente manera: no le consta ninguno de los hechos. Se opuso a cada una de las pretensiones presentadas por el demandante. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: “*falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe y la genérica*”.

2.3.2 EMDUPAR S.A E.S.P.

A través de apoderada judicial ejerció el derecho a la defensa contestando no ser ciertos los hechos referentes a la no afiliación al sistema de seguridad social en pensión al demandante, el último salario devengado por el actor, la declaración de existencia de contrato de trabajo entre el demandante y **EMDUPAR S.A E.S.P.** y la omisión de los factores salariales convencionales. No le consta la existencia del contrato de trabajo entre las partes y la extensión de los beneficios a todos los trabajadores.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito la “*prescripción*”.

2.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante proveído del 09 de agosto de 2017 el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar absolvió a las demandadas de las pretensiones dirigidas en su contra, declaró probada la excepción de oficio por el despacho “*inexistencia de la obligación*” y la propuesta por **COLPENSIONES** “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”.

2.4.1 PROBLEMAS JURÍDICOS ABORDADOS EN PRIMERA INSTANCIA.

Determinar

*¿Si existió una relación laboral entre el demandante y **EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE VALLEDUPAR –EMDUPAR S.A. E.S.P.**, en los periodos comprendidos entre el 16 de febrero de 1990 y el 27 de febrero de 1991 y entre el 2 de diciembre de 1992 y el 30 de noviembre de 1993?*

*¿Si la **EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE VALLEDUPAR –EMDUPAR S.A. E.S.P.**, no afilió al señor **HERNANDO TORRES MARTINEZ**, al Sistema de*

Seguridad Social en Pensiones para el período comprendido entre el 16 de febrero de 1990 y el 27 de febrero de 1991 y entre el 2 de diciembre de 1992 y el 30 de noviembre de 1993?

¿Si esa omisión, ha generado perjuicios materiales y morales al actor, al imposibilitarle el acceso al derecho pensiona?

*¿Si **EMDUPAR S.A. E.S.P.** no reportó el salario real devengado para efectos de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensión al Instituto de Seguros Sociales, hoy **COLPENSIONES**, con inclusión en todos los factores salariales legales y convencionales?*

*Si, con base en las anteriores declaraciones, se debe condenar a **EMDUPAR S.A. E.S.P.**, a pagar al demandante:*

*¿El cálculo actuarial a **COLPENSIONES**, del periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1990 y el 27 de febrero de 1991, las cotizaciones e intereses moratorios dejados de reportar a **COLPENSIONES** del periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 1992 y el 30 de noviembre de 1993, los intereses moratorios por no reportar y pagar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en pensiones y los perjuicios materiales y morales ocasionados al actor, en cuantía equivalente a 100 SMLMV, las Costas y agencias en derecho?*

*¿Así mismo, si se debe ordenar a **COLPENSIONES**, a recibir el pago del cálculo actuarial y las cotizaciones con sus intereses moratorios dejados de reportar por **EMDUPAR S.A. E.S.P?***

Como fundamento de su decisión expuso lo siguiente:

De acuerdo a las pruebas allegadas al proceso el demandante no logró demostrar los extremos temporales solicitados por él por lo que conllevó a determinar de manera clara la prestación del servicio del actor en favor de **EMDUPAR S.A E.S.P.**

Conforme a los testimonios rendidos no reunieron los requisitos de eficacia jurídica para establecer la existencia de un contrato de trabajo entre las partes toda vez que el actor cubría las vacaciones el 10 de enero de 1988 y por parte de otro de los testigos laboró hasta el año de 1993, no obstante, ninguno fue preciso en las fechas de los extremos temporales.

Como consecuencia de la no declaración de la existencia del contrato de trabajo declaró probada las excepciones de fondo propuestas por las demandadas y la declarada de oficio.

2.5 RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante presentó recurso de alzada en contra de la sentencia proferida en primera instancia. Sustentó su recurso bajo las siguientes consideraciones:

Solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia puesto que con las pruebas anexadas al proceso se logra determinar la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **HERNANDO TORRES y EMDUPAR S.A E.S.P.** puesto que se suscribieron varios contratos celebrados, con los testimonios rendidos se puede constatar la celebración de dichos contratos.

A su vez señaló, que la empresa demandada solo se encargó de recalcar en la contestación de la demanda los tiempos que sí cotizó, pero no logró desvirtuar la prestación del servicio ejercida por el demandante a favor suyo.

Por lo anteriormente señalado, deprecó la existencia del contrato de trabajo entre el señor **HERNANDO TORRES y EMDUPAR S.A E.S.P.** desde enero de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1993 y como consecuencia de ello se realice el pago del cálculo actuarial a **COLPENSIONES EICE** y que se le ordene a esta AFP que reciba el respectivo valor del cálculo actuarial.

2.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.6.1 DE LA PARTE DEMANDANTE, HERNANDO TORRES MARTÍNEZ.

Mediante auto del 28 de julio de 2021 se corrió traslado de conformidad con el Decreto 806 de 2020, estando dentro del término de rigor sustentó que: dentro del caudal probatorio se logró evidenciar la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **HERNANDO TORRES y EMDUPAR S.A E.S.P.** desde enero de 1988 hasta 1993 conforme a las pruebas documentales y los testimonios rendidos. Aseveró que el *a quo* realizó una indebida valoración de las pruebas por lo cual no declaró la existencia del contrato de trabajo entre el señor **HERNANDO TORRES y EMDUPAR S.A E.S.P.** En consecuencia, la declaración de la existencia conllevaría al pago del cálculo actuarial y manifestó que los derechos pensionales tienen el carácter de imprescriptible.

Por las razones expuestas suplicó a esta Magistratura que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia.

2.6.2 EMDUPAR S.A E.S.P.

A través del auto del 24 de agosto de 2021 se corrió traslado de acuerdo al Decreto 806 de 2020. Encontrándose en el término oportuno de presentar los alegatos de conclusión arguyó que el actor no logró demostrar la prestación del servicio del demandante a **EMDUPAR S.A E.S.P.** pues todas las pruebas que presentó la parte activa de la litis no fueron suficientes para determinar la existencia del contrato de trabajo. Que durante el transcurso del proceso la señora MILADYS PADILLA

BERMUDEZ allegó contratos suscrito por el actor y la demandada desde el 01 de noviembre de 1990 al 30 de noviembre de 1992. Por parte de **EMDUPAR S.A E.S.P.** cotizó ante **COLPENSIONES** durante el interregno de tiempo desde el 28 de enero de 1991 hasta el 1° de diciembre de 1992.

Por otro lado, la demandada logró desvirtuar la actividad desplegada por el señor **HERNANDO TORRES** durante el tiempo que pretende en el libelo inicial de la demanda. Así las cosas, solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia y se condene en costas al demandante.

2.6.3 COLPENSIONES

A través del auto del 24 de agosto de 2021 se corrió traslado de acuerdo al Decreto 806 de 2020. Encontrándose en el término oportuno de presentar los alegatos de conclusión aseveró que se está en frente de la configuración de la excepción legitimación en la causa por pasiva puesto que la AFP no debe ser responsable por los yeros de la conducta del empleador en cuanto a la omisión de la afiliación al sistema de seguridad social en pensión.

3. CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, razón por la cual debe ceñirse al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

3.1 COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numeral 1 del C.P.T.S.S.

3.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.

Corresponde a esta Judicatura, determinar si:

*¿Existió un contrato de trabajo entre el señor **HERNANDO TORRES MARTÍNEZ** y **EMDUPAR SA E.S.P.** desde el mes de enero de 1988 hasta el 16 de noviembre de 1993? En caso afirmativo ¿Se debe condenar a **EMDUPAR S.A. E.S.P.** a pagar el cálculo actuarial por la no afiliación al sistema de seguridad social en pensión desde el 16 de febrero de 1990 al 27 de febrero de 1991 y el 02 de diciembre de 1992 al*

30 de noviembre de 1993? ¿Se debe ordenar a **COLPENSIONES** a recibir el pago del cálculo actuarial por parte de **EMDUPAR S.A. E.S.P.** en favor del demandante?

3.3 FUNDAMENTO NORMATIVO

3.3.1 CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Artículo. 22.1. “Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.”

Artículo. 23.1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. Un salario como retribución del servicio.

ART. 24 Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

3.3.2 DECRETO 2127 DE 1945

Artículo 1º Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia, y este último a pagar a aquél cierta remuneración.

Artículo 2º En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y
- c) El salario como retribución del servicio.

3.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

3.4.2 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el incumplimiento
(Corte Constitucional, SU226/19, MP Dra. DIANA FAJARDO RIVERA)

*“El desconocimiento de la afiliación por parte del empleador desestructura indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la exigibilidad de los demás deberes pensionales del contratante. **Por ello, la responsabilidad de la omisión de la afiliación recae exclusivamente en el empleador incumplido.**”*

3.4.3 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

3.4.3.1 Elementos del contrato de trabajo y demostración del demandante del servicio personal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral SL3126-2021 del 19 de mayo de 2021 con radicado No. 68162. M.P Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez)

“Conforme el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en el contrato de trabajo concurren la actividad personal del trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato», ello sin afectar su honor, dignidad humana y sus derechos mínimos laborales.

A partir de esta disposición, de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte ha establecido que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación del trabajador respecto del empleador, que se ha definido como un poder de sujeción jurídica y material entre dos personas y que en el ámbito de una relación laboral se concreta en «la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente»

(...) Por último, debe destacarse que para configurar la existencia de un contrato de trabajo no es indispensable la demostración plena de los tres elementos denominados esenciales en el referido artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Pensarlo así haría nugatoria la presunción legal del artículo 24 ibidem, conforme a la cual basta la demostración efectiva de la prestación personal del servicio para que el contrato de trabajo se presuma, sin que se requiera prueba apta de la subordinación pues una vez aquella opera le corresponde a la contraparte desvirtuarla.” (...)

3.4.3.2 Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el incumplimiento (Corte Constitucional, SU226/19, MP Dra. DIANA FAJARDO RIVERA)

*“El desconocimiento de la afiliación por parte del empleador desestructura indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la exigibilidad de los demás deberes pensionales del contratante. **Por ello, la responsabilidad de la omisión de la afiliación recae exclusivamente en el empleador incumplido.**”*

3.4.3.3 Irrenunciabilidad de los aportes y derechos pensionales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral SL1551-2021 del 10 de marzo de 2021 con radicado No. 80771. M.P Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán)

“En primer lugar, es verdad que para la fecha en la que se desarrollaron los diversos vínculos laborales del actor, el Instituto de Seguros Sociales no había extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como la demandada, lo que solo vino a darse a partir del 1 de octubre de 1993, por medio de la Resolución n.º 4250 de 1993. No obstante, ante dicha realidad, esta Sala de la Corte ha concluido que los empleadores, no obligados a realizar la inscripción, conservaban en todo caso obligaciones pensionales a su cargo, fruto de la imposibilidad de subrogación del riesgo, que se podían traducir en el reconocimiento de la pensión de jubilación o, en últimas, en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado, por medio de cálculos actuariales, en los términos definidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993”.

(...)

Por otra parte, del hecho de que la jurisprudencia de esta corporación hubiera sufrido ciertas variaciones y haya evolucionado desde una cierta inmunidad del empleador respecto de periodos dejados de aportar, por falta de cobertura del ISS, hasta garantizar su validación por medio de cálculo actuarial (CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014), no puede concluirse que el pago de los aportes constituyera un derecho incierto, pues lo importante es que, como ya se dijo, durante los periodos en los que no existía cobertura del ISS el empleador conservaba una clara carga pensional, establecida diáfananamente en la Ley 90 de 1946 y reconocida en las disposiciones de la Ley 100 de 1993”.

(...)

esta Sala concluyó que los aportes destinados al sistema de seguridad social en pensiones no pueden ser materia de conciliación entre empleador y trabajador, por ser recursos de propiedad del sistema y constituir derechos ciertos e indiscutibles (...).”

“En efecto, la Corte debe llamar la atención en que, como se dijo anteriormente, el hecho de que el Instituto de Seguros Sociales no hubiera extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como se verificó en este caso, implicaba que las mismas conservaran obligaciones pensionales precisas, que bien se podían traducir en el pago de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, con cargo exclusivo a sus recursos o, en últimas, en la convalidación de los tiempos servidos y no aportados ante la respectiva entidad de seguridad social, por medio de cálculo actuarial, en la forma prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3892-2016 y CSJ SL1342-2019)”.

3.4.3.5 Traslado del cálculo actuarial de empresas que estaban a cargo las prestaciones pensionales a COLPENSIONES. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de descongestión No. 2, Sentencia SL046-2020 del 20 de enero de 2020, Rad. No. 69610, M.P Dr. Carlos Arturo Guarín Jurado)

“(…)Sí es posible recuperar los tiempos en los que los empleadores omitieron realizar las respectivas cotizaciones al sistema de pensiones, a través de un cálculo actuarial, en tratándose de los beneficiarios del régimen de transición, sea cual fuere la causa de la omisión, lo cual significa que es viable tener esos periodos como efectivamente cotizados por efecto del pago del cálculo actuarial.

(…)”

4 CASO EN CONCRETO.

En primer lugar, la parte actora pretende que se le reconozca la existencia de la relación laboral en los periodos comprendidos entre el 16 de febrero de 1990 y el 27 de febrero de 1991 y entre el 2 de diciembre de 1992 y el 30 de noviembre de 1993, además que se condene a la empresa EMDUPAR S.A a pagar a Colpensiones al pago del cálculo actuarial del periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1990 y el 27 de febrero de 1991.

Por otra parte, la demandada aseguró que solo existen en los archivos físicos y magnéticos, los contratos suscritos con el actor en los periodos comprendidos entre el 1° de noviembre de 1990 y el 28 de febrero de 1991 y desde el 1° de diciembre de 1991 hasta el 30 de noviembre de 1992.

A su vez, el juez *a-quo* de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso el demandante no logró demostrar los extremos temporales solicitados por él por lo que conllevó a determinar de manera clara la prestación del servicio del actor en favor de EMDUPAR S.A E.S.P.

Ahora bien, procede la sala a desatar los problemas jurídicos que hoy convocan el recurso de apelación

¿Existió un contrato de trabajo entre el señor HERNANDO TORRES MARTÍNEZ y EMDUPAR S?¿A E.S.P. desde el mes de enero de 1988 hasta el 16 de noviembre de 1993?

Al desarrollar el problema jurídico que atañe esta Sala, sobre la relación laboral entre las partes, es necesario aclarar que EMDUPAR S.A. E.S.P., es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, quienes prestan sus servicios en ella, son trabajadores oficiales como se encuentra regulado en el Decreto 2127/45 de la siguiente manera: “... ART. 1º—Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia, y este último a pagar a aquél cierta remuneración ...”.

Así las cosas se impone la obligación a quien alega la existencia de un derecho, el deber de demostrar con pruebas idóneas, los hechos en que se fundan sus aspiraciones, pues el Juez deberá apoyar su decisión en las pruebas oportunamente allegadas al proceso y, de otro lado, para que exista contrato de trabajo debe concurrir los siguientes elementos a) la actividad personal del trabajador, b) la continua subordinación del trabajador respecto del empleador y c) salario como retribución del servicio.

Ahora bien, el señor HERNANDO TORRES MARTÍNEZ le correspondía demostrar si indudablemente hubo una prestación personal de servicios en favor del empleador desde enero de 1988 hasta el 16 de noviembre de 1993. Una vez analizadas las pruebas documentales aportadas por este, se logró verificar que reposan en el expediente el siguiente material probatorio:

- ✓ Copia de la sentencia del 02 de septiembre de 1997 (fls11-23), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, donde declaró la existencia de la relación laboral entre el señor HERNANDO TORRES MARTÍNEZ y EMDUPAR S.A. E.S.P., para los siguientes periodos señalados a folio 19 y 20.
 - ✓ 16 de febrero a 7 de marzo de 1990
 - ✓ 16 de mayo a 20 de marzo de 1990
 - ✓ 10 de abril a 24 de abril de 1990
 - ✓ 10 de mayo a 31 de mayo de 1990
 - ✓ 16 de julio a 8 de agosto de 1990
 - ✓ 17 de septiembre a 5 de octubre de 1990
 - ✓ 8 de octubre a 19 de octubre de 1990
 - ✓ 1 de noviembre de 1990 al 30 de noviembre de 1992
 - ✓ 18 de enero a 5 de febrero de 1993
 - ✓ 1 de marzo a 19 de marzo de 1993 (Folio 11-23).

- ✓ Constancia laboral expedida por EMDUPAR S.A. E.S.P, el 8 de mayo de 2014, en el acreditó que el demandante laboró en la empresa desde el 1° de noviembre de 1990 al 28 de febrero de 1991 y desde el 1° de diciembre de 1991 al 30 de noviembre de 1992, devengando un salario de \$96.891. (fl. 31).

Teniendo en cuenta lo anterior y en virtud a que dicha prueba documental contentiva de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 1997, no fue tachada ni objetada, esta Colegiatura le dará plena validez, entendiéndose que se encuentra acreditada existencia de la relación laboral entre el señor HERNANDO TORRES MARTÍNEZ y EMDUPAR S.A. E.S.P. en los siguientes periodos: 16 de febrero a 7 de marzo de

1990; 16 de mayo a 20 de marzo de 1990; 10 de abril a 24 de abril de 1990; 10 de mayo a 31 de mayo de 1990; 16 de julio a 8 de agosto de 1990; 17 de septiembre a 5 de octubre de 1990; 8 de octubre a 19 de octubre de 1990; 1 de noviembre de 1990 al 30 de noviembre de 1992; 18 de enero a 5 de febrero de 1993 y 1 de marzo a 19 de marzo de 1993.

Así mismo, de la certificación emanada por EMDUPAR S.A. E.S.P. se desprende que el último salario devengado por el actor fue de \$96.861, tratándose entonces de cosa juzgada. En razón a lo anterior, no entrará esta Colegiatura a pronunciarse sobre una controversia ya dirimida encontrándonos frente a cosa juzgada respecto de la existencia de la relación laboral deprecada en el caso de marras.

Ahora bien, teniendo en cuenta que si existió una relación laboral entre EMDUPAR S.A. E.S.P. y el demandante HERNANDO TORRES, corresponde entonces pronunciarse a los problemas subsidiarios planteados en el plenario:

*¿Se debe condenar a **EMDUPAR S.A. E.S.P.** a pagar el cálculo actuarial por la no afiliación al sistema de seguridad social en pensión desde el 16 de febrero de 1990 al 27 de febrero de 1991 y el 02 de diciembre de 1992 al 30 de noviembre de 1993?*

*¿Se debe ordenar a **COLPENSIONES** a recibir el pago del cálculo actuarial por parte de **EMDUPAR S.A. E.S.P.** en favor del demandante?*

Verificado el material probatorio aportado al dossier, se acreditó lo siguiente:

- ✓ Reporte de las semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones, solo se acredita desde el 28 de enero de 1991 al 1 de diciembre de 1992. (fl. 24)
- ✓ Respuesta de EMDUPAR S.A. E.S.P del 11 de mayo, donde comunicó que no se evidencia pagos de seguridad social por los años solicitados del 16 de febrero de 1990 hasta el 27 de enero de 1991 y desde el 2 de diciembre de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1993. (Folio 32-33).

De acuerdo a lo anterior, se advierte del resumen de semanas cotizadas por el empleador EMDUPAR en favor del actor y que reposan en COLPENSIONES y que corresponden al periodo comprendido entre 28 de enero de 1991 al 1° de diciembre de 1992, encontrando que dichos pagos no corresponden a la totalidad de la relación laboral, en razón a ello corresponde a la demandada, realizar los aportes restantes, con la plena intensidad que el demandante pueda revisar sus cotizaciones para así aspirar a un derecho pensional.

Es por ello que la pasiva debe completar el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado por medio de cálculo actuarial, respecto de los siguientes periodos:

- ✓ 16 de febrero a 7 de marzo de 1990
- ✓ 16 de mayo a 20 de marzo de 1990
- ✓ 10 de abril a 24 de abril de 1990
- ✓ 10 de mayo a 31 de mayo de 1990
- ✓ 16 de julio a 8 de agosto de 1990
- ✓ 17 de septiembre a 5 de octubre de 1990
- ✓ 8 de octubre a 19 de octubre de 1990
- ✓ 1 de noviembre de 1990 al 27 de enero de 1991
- ✓ 18 de enero a 5 de febrero de 1993
- ✓ 1 de marzo a 19 de marzo de 1993

Es de anotar que el último salario devengado por el actor correspondía a la suma de 99.630, de acuerdo a la cotización realizada y certificada por COLPENSIONES, encontrando que dicha suma es muy superior al salario mínimo legal vigente para la época, puesto que para los años 1990, 1991, 1992 y 1993, ascendía a \$41,025; \$51,716; \$ 65,190 y \$ 81,510, respectivamente. En razón a ello se partirá de este salario para realizar el cálculo actuarial.

Por todo lo expuesto, resulta claro que no se puede negar que los empleadores mantienen obligaciones y responsabilidades con sus trabajadores cuando se extinguen de cumplir cargas mínimas como la afiliación al sistema de seguridad social, por tanto, sobre ellos recae el riesgo pensional de sus trabajadores.

Todo esto en aplicación a la sentencia traída a esta providencia como material de apoyo SL1551-2021 del 10 de marzo de 2021 proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Corolario de lo anterior, a fin que se dé cabal cumplimiento a la decisión que se adoptará en esta instancia, se otorgará un término tanto a la entidad encargada de liquidar y recibir el aporte, así como a la entidad encargada del pago; para que no se torne incierto e indefinido el derecho del trabajador en el tiempo, por lo que se requerirá a COLPENSIONES, para que determine el cálculo actuarial con los correspondientes intereses moratorios, dentro de los 15 días calendario siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Finalmente, respecto de aportes pendientes de pagar por EMDUPAR S.A E.S.P. en favor del señor HERNANDO TORRES MARTÍNEZ, se pagarán con los correspondientes intereses moratorios, dentro de los 30 días calendario, posteriores a la presentación del cálculo actuarial por Colpensiones.

Por lo anteriormente expuesto, se revocará la sentencia proferida el 9 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar.

Condenas en costas a la parte demandante.

5. DECISIÓN

En mérito de lo ampliamente expuesto la Sala de Decisión Civil-Familia Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral promovido por **HERNANDO TORRES MARTINEZ** contra la empresa **EMDUPAR S.A E.S.P.**, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONDENAR a **EMDUPAR S.A E.S.P** a pagar en favor de la demandante, señor **HERNANDO TORRES MARTÍNEZ**, los aportes de los periodos comprendidos así: 16 de febrero a 7 de marzo de 1990; 16 de mayo a 20 de marzo de 1990; 10 de abril a 24 de abril de 1990; 10 de mayo a 31 de mayo de 1990; 16 de julio a 8 de agosto de 1990; 17 de septiembre a 5 de octubre de 1990; 8 de octubre a 19 de octubre de 1990; 1 de noviembre de 1990 al 27 de enero de 1991; 18 de enero a 5 de febrero de 1993 y 1 de marzo a 19 de marzo de 1993, los cuales se pagaran con los correspondientes intereses moratorios dentro de los 30 días calendario, posteriores a la presentación del cálculo actuarial por Colpensiones, por lo expuesto en la motiva de la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, a determinar el cálculo actuarial con los correspondientes intereses moratorios dentro de los 15 días calendario siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y posterior a ello recibir el referido cálculo y abonarlo a la cuenta pensional del señor **HERNANDO TORRES MARTÍNEZ**, de acuerdo a lo considerado.

La liquidación se realizará con base al último salario devengado por el actor que ascendía a la suma de 99.630, de acuerdo a la cotización realizada por el empleador y certificada por COLPENSIONES. En razón a ello se partirá de este salario para realizar el cálculo actuarial.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte activa de la litis, fíjense como agencias en derecho la suma de UN SMLMV, a cargo de la parte vencida.

SEXTO: Notifíquese por estado, para tal objeto remítase a la secretaria de la Sala Civil Familia -Laboral para lo de su competencia.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
MAGISTRADO PONENTE**

**JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ
MAGISTRADO**

**ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
MAGISTRADO**