

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

19 de mayo de 2022

Aprobado mediante acta N°41 del 19 de mayo de 2022

20-001-31-05-003-2014-00613-01 Proceso ordinario laboral promovido por MARIA BERTILDE BILLAR NIETO contra EMPOBOSCONIA.

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 SUÁREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 6 de octubre de 2015, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.2. HECHOS

2.2.1 La señora MARIA BERTILDE BILLAR NIETO convivió en unión marital de hecho por más de 10 años con el señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA. (q.e.p.d), producto de esa convivencia nacieron los menores SAMIR ANTONIO MOSQUERA VILLAR Y SAMUEL ANTONIO MOSQUERA VILLAR.

2.2.2 El señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA, se desempeñó de manera ininterrumpida como trabajador en el cargo de Auxiliar de mantenimiento preventivo y correctivo del sistema de acueducto y alcantarillado de la Empresa de Servicios

Públicos EMPOBOSCONIA E.S.P., desde el 1° de julio de 2006 hasta 14 de julio de 2011, fecha en la que se produjo el deceso.

2.2.3 La empresa EMPOBOSCONIA E.S.P. suscribió diferentes contratos a los que denominaba OPS, ocultando de esta forma la realidad de la preexistencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades, y el valor que le cancelaba la empresa era de un salario mínimo legal mensual vigente.

2.2.4 Entre el Señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA. (q.e.p.d) y la Empresa EMPOBOSCONIA E.S.P. existió un contrato de trabajo, prueba de ello que una vez, se dio el deceso del señor MOSQUERA PEREA, la empresa demandada emplazo a las personas que se sintieran con derecho para reclamar las prestaciones sociales del causante, y de esta forma concilió a través de la oficina de trabajo con la señora MARIA BERTILDE BILLAR NIETO, las prestaciones sociales que le correspondían por ser la compañera permanente y madre de sus dos hijos menores, sin incluir en esta conciliación el derecho a la pensión, reconociendo de esta manera la relación de trabajo entre la empresa EMPOBOSCONIA E.S.P. y el causante.

2.2.5 Durante todo el tiempo que estuvo vinculado el Señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA, como auxiliar de la empresa EMPOBOSCONIA E.S.P., la empresa no lo vinculó al pago de su Seguridad social.

2.2.6 Teniendo en cuenta que la actividad laboral que desempeñó el señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA fue por más de 1.839 días de manera continua e ininterrumpida, como lo reconoce la empresa en el acta de Conciliación suscrito en la oficina de Trabajo Ministerio de la Protección Social Acta de conciliación N° 120 de fecha 26 de Septiembre de 2011, mediante el cual se conciliaron las Prestaciones Sociales del causante y si la empresa fuera cumplido su obligación legal de vincular a un régimen de seguridad Social al causante este tendría a la fecha de ocurrencia del deceso 260 Semanas cotizadas en un régimen de pensión, por lo que su núcleo familiar adquiriría el derecho a reclamar la pensión sobreviviente.

2.2.7 Desde la fecha del deceso 14 de julio de 2011, hasta la fecha en que se haga efectiva o se reconozca el derecho a la pensión Sobreviviente, la demandante en su calidad de compañera permanente y en representación de los hijos menores, tiene derecho al retroactivo que comprende las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde la muerte del Señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (q.e.p.d.) hasta que se haga el pago, debidamente indexadas, incluyendo las mesadas de junio y diciembre.

2.2.8 Con el objeto de agotar el requisito de procedibilidad de agotamiento de la reclamación administrativa, se presentó derecho de petición el día 13 de junio de 2014.

2.3. PRETENSIONES.

2.3.1 Que se declare que entre el señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (q.e.p.d.) y la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE BOSCONIA "EMPOBOSCONIA E.S.P." existió un contrato de trabajo, desde el 1 de julio de 2006 hasta 14 de julio de 2011.

2.3.2 Que se condene a la demandada EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE BOSCONIA "EMPOBOSCONIA E.S.P." a reconocer y pagar la pensión sobreviviente a que tiene derecho la demandante y sus hijos menores, por haber convivido por más de 10 años con el Señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (q.e.p.d.)

2.3.3 Que se condene a la demandada a pagar el retroactivo pensional a que tiene derecho la demandante y sus hijos, desde la fecha en que ocurrió la muerte del Señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (q.e.p.d.) desde el 14 de julio de 2011, hasta que se efectuó el pago.

2.3.4 Que se reconozca y pague la indemnización total consagrada en el artículo 12 de la Ley 6 de 1945.

2.3.5 Que se condene al pago del seguro por muerte.

2.3.6 Que se condene al pago de la indemnización moratoria por no consignar la cesantía dentro de los términos de ley.

2.4 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones consignadas en el escrito de demanda por considerar que son infundadas y subsidiarias al reconocimiento de un hecho que fue objeto de conciliación por las partes que integran la Litis, debido a que si bien es cierto el causante prestaba sus servicios a EMPOBOSCONIA E.S.P. E.S.P a través de Contratos de Prestación de Servicios, los cuales no tienen naturaleza laboral, debe afirmarse que mediante Acta de Conciliación N°120 de fecha 26 de septiembre de 2011, suscrita ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Protección Social, se reconoció la relación de trabajo deprecada en la demanda, así mismo todas las prestaciones que se originaron de ella, pero no existe la obligación reconocer el derecho pensional instado, por cuanto nunca estuvo obligada a afiliar o efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones a favor del señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (Q.E.P.D), máxime cuando fue el mismo contratista quien por su cuenta lo

hizo, en tal sentido corresponde al Fondo Administrado de Pensiones al que se encontraba afiliado como trabajador independiente asumir la prestación irrogada.

Propone las excepciones de mérito de: *“Buena fe, inexistencia de la obligación y prescripción”*.

2.5 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

2.5.1 Se declaró que entre el causante SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA y la demandada EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE BOSCONIA E.S.P. existió un contrato de trabajo desde el 1 de julio de 2006 hasta el 14 de julio de 2011.

2.5.2 Se declaró que el trabajador SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA dejó reunidos los requisitos para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes y que los titulares de ese derecho son la accionante MARÍA BERTILDE VILLAR NIETO y sus menores hijos SAMIR ANTONIO Y SAMUEL ANTONIO MOSQUERA VILLAR.

2.5.3 Se condenó a la demandada EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE BOSCONIA E.S.P. a reconocer y pagar a MARÍA BERTILDE VILLAR NIETO y sus menores hijos SAMIR ANTONIO y SAMUEL ANTONIO MOSQUERA VILLAR la pensión de sobrevivientes causada por el trabajador SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA, a partir del 14 de julio de 2014 en un monto equivalente al salario mínimo legal vigente en el año 2011, es decir, la suma de \$535.600,00, en un 50% para la demandante MARÍA BERTILDE VILLAR NIETO y en un 25% para el menor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA VILLAR e igual porcentaje para el menor SAMIR ANTONIO MOSQUERA VILLAR.

2.5.4 Se condenó a la demandada apagar a la demandante las costas. Proceda la secretaria a liquidar las costas, incluyendo en ellas, por concepto de agencias en derecho, la suma de \$ 3.000.000.

2.5.5 Absolver a la demandada de las restantes pretensiones de la demanda.

2.6 PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.

“Entre el causante y la demandada empresa de servicios públicos EMPOBOSCONIA E.S.P. existió un contrato de trabajo del 1 de julio de 2006 hasta el 14 de julio de 2011”

“Como consecuencia de ello la demandada debe pagar a favor de la demandante y sus hijos la pensión de sobrevivientes por dicho causante desde su muerte, esto desde el 14 de julio de 2011 mas el retroactivo pensional, la indemnización total

consagrada en el art 12 de la ley 6 de 1945, el seguro por muerte, la indemnización moratoria por no consignar las cesantías”

El Juzgado declaró la existencia del contrato de trabajo acreditada con la documental visible a fl. 28 el acta de conciliación N° 120 del Ministerio de Trabajo el día 26 de septiembre de 2011, donde la demandada admitió que el causante fue su trabajador en el periodo comprendido entre el 1° de julio de 2006 hasta el 14 de julio de 2006 por lo tanto el juzgado accedió a declarar la existencia del contrato de trabajo durante esos extremos temporales.

El Juzgado resalta que para conceder la pensión de sobreviviente a los familiares del causante deben cumplir con los requisitos del art 46, 47 y 48 de la ley 100 de 1993, en el proceso el juez encuentra probado que entre el causante y la demandada existió un contrato de trabajo eso demuestra que si el causante hubiere sido afiliado al sistema de seguridad social en pensiones tal como lo dice el parágrafo del art 9 del decreto 692 de 1994 por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993 al fondo de pensiones al que hubiese sido afiliado el causante le hubiera correspondido el reconocimiento del derecho a la pensión de sobreviviente que reclama los accionantes pero como la accionada no lo afilió a ningún fondo de pensiones conforme a la ley 100 de 1993 por eso sancionó a la demandada con el reconocimiento y pago de la prestación económica a los beneficiarios de ese derecho si reúnen los requisitos tal como lo analizó el juzgado.

Con la copia de cedula de ciudadanía de la demandante se probó que ella es mayor de 30 años que exige el literal A del art 47 de la ley 100, también con las declaraciones aportadas extra - proceso visibles a fl. 27 rendidas por Jorge Eliecer Morera Franco y Manuela Zabaleta Figueroa ante Notario Único del Círculo de Bosconia, quienes dieron fe de la unión, convivencia y dependencia económica del causante, de cuya unión nacieron los hijos menores los cuales son corroborados con los registros de nacimiento a fls. 25, 26 y con la conciliación celebrada entre la demandante y la demandada el juzgado encontró demostrado que la demandante fue la compañera permanente del causante por 9 años y que ella dependía económicamente de aquel, por eso el juzgado declaró la unión y dependencia de la demandante y de sus menores hijos, de acuerdo a las pruebas documentales que advierte que la accionante y sus hijos menores reúnen los requisitos de la norma para tener derecho a la pensión de sobreviviente que reclaman de la empresa accionada, en atención a que las entidades descentralizadas conforme al parágrafo del art 9 del decreto 692 de 1994, la fecha a partir de la cual se condena a la demandada a partir de la fecha del fallecimiento del causante o sea a partir del 14 de junio de 2011, el monto de la pensión de sobreviviente es un salario mínimo legal mensual vigente en el año 2011 el cual era \$535.600 en un 50% para la demandante y un 25% para cada hijo y en cuanto al retroactivo el juzgado condenó a pagarle a

la demandante y a los hijos el retroactivo causado por la pensión que se ordenó reconocer desde la fecha de su causación ósea el 14 de julio de 2011.

2.7 RECURSO DE APELACIÓN.

2.7.1 Inconforme con la decisión, la parte demandada presentó recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- ✓ La empresa EMPOBOSCONIA E.S.P. nunca estuvo obligada a afiliar al demandante al fondo de pensiones debido al tipo de vinculación que existía con la empresa porque tenía la calidad de trabajador independiente y estaba vinculado a través de contrato de prestación de servicios, además que el causante se afilió e hizo aportes por su cuenta al sistema de seguridad social.

2.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto del 30 de marzo de 2022, notificado por Estado 048 del 31 de marzo siguiente, se corrió traslado para alegar en conclusión y de acuerdo a la constancia secretarial del 20 de abril de 2022, hizo uso de este derecho la demandante así:

2.8.1 MARIA BERTILDE BILLAR NIETO

El juez de conocimiento negó el pago de los intereses Moratorios por las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el momento en que la demandante adquirió el derecho hasta que se efectuó el pago, conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993. Al considerar el juez de instancia que esta pretensión no estaba fundamentada bajo ninguna normatividad.

Es claro que dentro de las pretensiones de la demanda se solicitó la condena al pago de los intereses moratorios, derecho que le asiste a la demandante, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, Objetivo primordial de los interés de mora, debe recordar que en este caso los intereses de mora tienen como objetivo primordial proteger a las personas o al núcleo familiar, o a quienes por sus condiciones físicas, o por razones de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitadas para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia o la de su familia. Luego, a juicio de la Corte, de no existir el reconocimiento por parte del legislador o de los jueces, de los intereses de mora a favor del pensionado se convertirían en irrisorias las mesadas pensionales en caso de un incumplimiento tardío por parte de los organismos de la seguridad social encargados de satisfacer ese tipo de prestaciones sociales, pues la devaluación de la moneda hace que se pierda su capacidad adquisitiva en detrimento de este sector de la población.

Por lo anterior es necesario e imperioso que el superior se pronuncie respecto al reconocimiento o no de los intereses moratorias conforme lo establece el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

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 demandada, 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 CPTSS.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Los problemas jurídicos para abordar por esta Sala son los siguientes:

Determinar si: *¿Existió una relación laboral entre las partes? En caso afirmativo ¿Tenía la empresa EMPOBOSCONIA E.S.P., la obligación de pagar en favor del señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (Q.E.P.D.) los aportes al sistema de seguridad social?*

Así los insumos que se tendrán para evaluar de forma crítica el problema sumido serán los siguientes:

3.3. FUNDAMENTO NORMATIVO.

3.3.1 CONSTITUCIÓN NACIONAL

Artículo 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;** garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

3.3.2 CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Artículos 22 y 23, *definición del contrato de trabajo y sus elementos constitutivos.*

3.5 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.

3.5.1 CORTE CONSTITUCIONAL

3.5.1.1 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.**”*

3.5.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

3.5.2.1 Elementos del contrato de trabajo y demostración del demandante del servicio personal. (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.”

(...)

3.5.2.2 Irrenunciabilidad de los aportes y derechos pensionales (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**” negritas y subrayas propias*

(...)

“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)”.

4 CASO EN CONCRETO.

Se advierte que la parte demandante, pretende que se declare la existencia de la relación laboral entre el señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (q.e.p.d.)

y la demandada desde el 1° de julio de 2006 hasta 14 de julio de 2011 como consecuencia de ello se reconozca y pague la pensión sobreviviente y retroactivo pensional a que tiene derecho la demandante y sus hijos menores, por haber convivido por más de 10 años con el Señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (q.e.p.d.) y la respectiva indemnización.

En contraprestación de lo indicado por la demandante, la demandada EMPOBOSCONIA E.S.P. considera que lo solicitado en la demanda es infundado debido a un hecho que fue objeto de conciliación por lo que no existe la obligación reconocer el derecho pensional, por cuanto nunca estuvo obligada a afiliarse o efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones a favor del señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (Q.E.P.D.).

El Juzgado de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes cuyos extremos temporales fueron 1 de julio de 2006 al 14 de julio de 2011, además se declaró que el trabajador dejó reunidos los requisitos para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes y que los titulares de ese derecho son la accionante y sus hijos menores, y se condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes causada por el a partir del 14 de julio de 2014.

Procede a resolver esta Magistratura el primer problema jurídico que atañe esta sentencia el cual es:

¿Existió una relación laboral entre las partes? En caso afirmativo ¿Tenía la empresa EMPOBOSCONIA E.S.P., la obligación de pagar en favor del señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (Q.E.P.D.) los aportes al sistema de seguridad social?"

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado se encuentra lo siguiente:

- ✓ Acta de conciliación No. 120 de fecha 29 de septiembre de 2011 mediante la cual la hoy demandante, en su calidad de compañera permanente y en representación de sus hijos menores convocó a EMPOBOSCONIA al Ministerio de la Protección Social -Dirección Territorial del Cesar, para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y vacaciones, como consecuencia de la terminación del contrato que vinculaba al señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (q.e.p.d.), desde el 1° de julio del año 2006 hasta el 14 de julio de 2011, fecha en que se produjo el fallecimiento del citado. EMPOBOSCONIA, aceptó lo manifestado por la solicitante y canceló el valor de las prestaciones sociales y dicho acuerdo fue aprobado por el MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL mediante auto, advirtiendo que la conciliación suscitada prestaba merito ejecutivo y hacia transito a cosa juzgada. (fl.28.)

De acuerdo a lo anterior, sin mayores elucubraciones debe indicarse tal como lo indicó la el *a-quo*, que, si existió una relación laboral entre la parte del presente proceso, pues parte demandada aceptó la relación laboral Ministerio de Trabajo el día 26 de septiembre de 2011 donde se logra ver que la parte demandada admitió que el causante fue su trabajador en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2006 hasta el 14 de julio de 2011.

Partiendo entonces que se acreditó la existencia de la relación laboral entre el causante y la empresa demandada, corresponde resolver el problema jurídico asociado que atañe esta sentencia el cual es:

¿Tenía la empresa EMPOBOSCONIA E.S.P., la obligación de pagar en favor del señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (Q.E.P.D.) los aportes al sistema de seguridad social”

Debe comenzar advirtiendo el Despacho que mediante pruebas decretadas de oficio se encontró lo siguiente:

- ✓ Registro civil de defunción del señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA, emanado de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el cual se acredita como fecha de fallecimiento del mismo el 11 de julio de 2011. (fl.35 del cuaderno de segunda instancia)
- ✓ Consulta al sistema de afiliación RUAF, respecto del señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA, realizada el 16 de febrero del hogaño, en la que se indica:
 - a. AFILIACIONES A SALUD (SALUDVIDA S.A. EPS – Contributivo – cotizante- afiliado fallecido)
 - b. AFILIACION A PENSIONES (No se han reportado afiliaciones para esta persona)
(...)
 - c. PENSIONADOS (No se han reportado pensiones para esta persona)
(...)(fl.38)
- ✓ Información de afiliados en BDUA de la ADRES, respecto a la señora MARIA BERTILDE VILLAR NIETO, en la que se tiene que la actora se encuentra afiliada al régimen subsidiado desde el 4 de septiembre de 2014 como madre cabeza de familia. (fl.39)
- ✓ Información de afiliados en BDUA de la ADRES, respecto del señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA, en la que se tiene que como afiliado fallecido se encontraba afiliado al régimen contributivo desde el 1° de mayo de 2018 como cotizante. (fl.39)

Por lo expuesto, encuentra esta Magistratura que EMPOBOSCONIA no realizó el pago de los aportes a la seguridad social señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (q.e.p.d.), pues de acuerdo al RUAJ, no se reportan afiliaciones al sistema de seguridad social, como tampoco el causante por su cuenta como lo asevera el recurrente.

De otro lado, se tiene que los aportes a la seguridad social son irrenunciables por ser recursos del sistema de seguridad social, por tanto, la empleadora lleva a cuentas la obligación de pagar los aportes dejados de cotizar en el momento oportuno al fondo de pensiones. Además, resulta claro que no se puede negar que los empleadores mantienen obligaciones y responsabilidades con sus trabajadores en cuanto a cargas mínimas como la afiliación al sistema de seguridad social, por tanto, sobre ellos recae el riesgo pensional de sus trabajadores.

En primer lugar, el Tribunal estima que lo concerniente a la postura de la *a-quo* respecto a la determinación de la de la tesis de la falta de afiliación es acertada y concuerda con las líneas jurisprudenciales pluricitadas, las cuales abordan múltiples aspectos jurídicos entre ellos el más importante son los efectos de la falta de afiliación del empleador respecto al derecho social del trabajador

Corolario de lo anterior, es menester señalar varios puntos:

- ✓ El Tribunal de Cierre ha referido la responsabilidad de los empleadores la responsabilidad de afiliación al sistema de seguridad social en pensión.
- ✓ En aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, la Corte también optó, por imponer el reconocimiento del servicio prestado y las cotizaciones a través de cálculo actuarial al sistema de seguridad social en pensión.

Por ello, persiste en cabeza del empleador la obligación respecto de los aportes no realizados; es por ello que le asiste el pago de los aportes necesarios (acordes al tiempo laborado por el señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA) para el abrigo de la pensión de sobrevivientes que deprecia la actora para ésta y sus hijos menores.

Es necesario aclarar, que no le asiste razón al Juzgado de ordenar a EMPOBOSCONIA S.A. E.S.P, el pago de pensión de sobrevivientes en favor de la parte actora por cuenta propia, pues lo que corresponde es que esta última, efectúe el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado por medio de cálculo actuarial; 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.

Aunado a lo anterior la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado su jurisprudencia consistente en que ante la omisión en la afiliación del trabajador por parte de su empleador al sistema general de pensiones, es deber de las entidades que conforman el sistema tener en cuenta los periodos servidos como tiempos efectivamente cotizados, generándose como consecuencia en contra del empleador el desembolso del respectivo título pensional a satisfacción de la correspondiente entidad y no el reconocimiento directo de la prestación económica.

Por todo lo aquí antes mencionado se ordenará a la empleadora EMPOBOSCONIA E.S.P. hacer todo el trámite correspondiente y solicitar ante el fondo de pensiones Colpensiones el cálculo actuarial para así realizar debidamente los pagos a la seguridad social del señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (q.e.p.d.) que como su trabajador tenía la obligación de responder por las cotizaciones ante el fondo de pensiones.

A fin que la sentencia cumpla su cometido y la obligación que constituye no quede diluida por la falta de plazo, concédase a EMPOBOSCONIA E.S.P. el termino de tres meses después de ejecutoriada la presente sentencia para que realice los aportes al fondo de pensiones respectivo.

DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el día 6 de octubre de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARIA BERTILDE BILLAR NIETO** contra la empresa **EMPOBOSCONIA E.S.P.**, la cual quedará al siguiente tenor:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el causante SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA y la demandada EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE BOSCONIA E.S.P. existió un contrato de trabajo desde el 1° de julio de 2006 hasta el 14 de julio de 2011.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE BOSCONIA E.S.P. a solicitar ante el fondo de pensiones Colpensiones el cálculo actuarial para realizar el pago de los aportes a pensión del señor SAMUEL ANTONIO MOSQUERA PEREA (q.e.p.d.) durante toda la relación laboral; dentro del los 3 meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante las costas. *Procédase por la secretaría a liquidar las costas incluyendo en ellas, por concepto de agencias en derecho, la suma de \$ 3.000.000,00.*

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las restantes pretensiones de la demanda.”

SEGUNDO: Costas a cargo de la parte demandada por no prosperar su recurso, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV, liquídense como señala el artículo 365 y 366 del CGP.

Notifíquese por estado, para tal objeto remítase a la secretaria del Tribunal.

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

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
MAGISTRADO

ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
MAGISTRADO