

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORA ROJAS**

Radicado N°. 23-001-31-05-004-2020-000137-01 FOLIO 43-23

Montería, veintinueve (29) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de TEMPOSERVICIOS SAS y SEGUROS DEL ESTADO, contra la sentencia proferida en audiencia del 23 de enero de 2023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RAQUEL RAMOS MEJÍA y KAREN YAJAIRA ATENCIA ROMERO contra TEMPOSERVICIOS SAS, SEGUROS DEL ESTADO y la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretenden las demandantes que se declare que entre ellas y los demandados existió un contrato de trabajo por obra o labor, cuya duración se encontró enmarcada entre el 01 de octubre de 2018 y el 31 de octubre de 2019. En consecuencia, solicitaron el pago de salario insóluto correspondiente al mes de octubre de 2019, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones en vigencia de la relación laboral; así mismo, la indemnización

moratoria por el no pago de cesantías y por el no pago de aportes al sistema de seguridad social, la sanción por mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, la aplicación de las facultades ultra y extra petita y la condena en costas y agencias en derecho.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones relatan de forma sucinta, los siguientes hechos:

Indican que suscribieron sendos contratos de trabajo con la demandada TEMPOSERVICIOS SAS bajo la modalidad de obra o labor; los cuales se ejecutaron desde el 01 de octubre de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018.

Posterior a ello, suscribieron individualmente contratos de obra y labor desde el 01 de febrero de 2019 hasta el 31 de octubre de 2019, en el que ejecutaron sus funciones como secretarias de la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA.

El salario pactado correspondía a la suma de \$828.116, el cual era pagado en forma mensual. Al respecto, mencionan que no percibieron el último sueldo correspondiente al mes de octubre de 2019 y que a la fecha no les han comunicado el estado de sus aportes a la seguridad social, ni lo referente a los aportes parafiscales y afirmaron que aún les adeudan la liquidación de prestaciones sociales.

El día 05 de mayo presentaron derecho de petición ante la empresa de servicios temporales, en la que solicitaron los contratos de las pólizas suscritas con la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y reiteraron la solicitud del 04 de mayo de 2020 del pago de la liquidación de prestaciones sociales. No obstante, a la fecha de presentación de la demanda no habían recibido respuesta formal a cada una de sus solicitudes.

Finalmente, recuerdan que el contratante y beneficiario de la obra, suscribieron los contratos: No 2019-35 bajo constitución de la póliza de seguros No. 53-44-101009098; No. 2018-56 bajo constitución de la póliza de seguros No. 53-44-101007313 de 04 de octubre de 2018; y No. 2018-65 bajo constitución de la póliza de seguros No. 53-44-101007716 del 04 de diciembre de 2018.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA

En su escrito de contestación, señaló como excepciones: *responsabilidad exclusiva de TEMPOSERVICIOS SAS e imposibilidad jurídica de condenar a la ESE al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, inexistencia del principio de solidaridad y buena fe.*

Como fundamento, indicó que las demandantes fueron vinculadas por contratos de trabajo. En consecuencia, es la empresa empleadora la única responsable del pago de sus derechos laborales, prestaciones sociales e indemnizaciones a que hubiera lugar, dado que las trabajadoras no tuvieron ningún tipo de vínculo laboral con la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA.

2.3.2. EST TEMPOSERVICIOS SAS.

Presentó escrito de contestación de la demanda, en la que invocó como excepciones: *prescripción, pago de la obligación, improcedencia de la solidaridad de la empresa de servicios temporales, inexistencia de los elementos del contrato de trabajo, inexistencia de los extremos propuestos y buena fe.*

Como argumentos de su defensa, sostuvo que entre la EST y la ESE existió un contrato comercial de servicios para el suministro de empleados en misión, con la finalidad de atender temporalmente la actividad misional de una ESE. En desarrollo del mismo, suministró personal en misión a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA; sin embargo, manifestó que no se puede desconocer que, si las empresas para quienes presta sus servicios no cumplen con sus obligaciones, repercuten en situaciones difíciles y angustiantes frente a sus trabajadores.

Afirmó que a la fecha la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA le adeuda una suma que asciende a \$1.307.414.773, dinero que sería suficiente para terminar de cancelar a los trabajadores demandantes los saldos pendientes de pago. De la misma manera, afirmó no haber actuado de mala fe, dado que ha efectuado ingentes esfuerzos para cumplirle a sus trabajadores; sin embargo, la entidad pública a quien se le prestó el servicio no le ha cancelado lo adeudado.

2.3.3. SEGUROS DEL ESTADO

Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada SEGUROS DEL ESTADO presentó escrito de contestación, en el que señaló como excepciones: *falta de legitimación en la causa por pasiva y activa, inexistencia de la obligación por parte de la entidad, improcedencia del pago de los aportes de la seguridad social, limite al valor asegurado y disminución de este, prescripción y la genérica.*

Al respecto, indicó que no ha suscrito contrato de obra y labor con las demandantes, ni ha fungido como empleadora, por lo que no es posible predicar algún tipo de responsabilidad solidaria, ni le corresponde asumir el pago de las presuntas obligaciones laborales que adeuda la empresa de servicios temporales a las demandantes.

Frente a las pólizas, manifestó que el riesgo real asumido por la compañía de seguros se circunscribe a lo establecido en la caratula de la póliza bajo las definiciones establecidas en las condiciones generales aplicables a estas, por lo que en relación al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se ha señalado que su afectación solo es posible si se decreta la solidaridad de la asegurada ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y solo frente a las obligaciones incumplidas por el afianzado EST TEMPOSERVICIOS SAS, respecto del personal que haya laborado al servicio del contrato garantizado y dentro del término de ejecución de este.

2.3.4. REFORMA A LA DEMANDA

La parte actora a través de su apoderado judicial allegó escrito de reforma de la demanda en la que modificó las situaciones fácticas para señalar que las trabajadoras desarrollaron sus labores para la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA entre el 01 de enero de 2019 y el 31 de enero de 2019, mediante la modalidad de contrato de trabajo verbal y que el 24 de agosto de 2020 presentaron derecho de petición, solicitando el pago de la liquidación de prestaciones sociales y copia de los contratos.

En auto de fecha 11 de agosto de 2021 se tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas y se admitió la reforma a la demanda, la cual fue contestada por la EST TEMPOSERVICIOS SAS y SEGUROS DEL ESTADO SA.

III. LA SENTENCIA APELADA

El juez de primera instancia resolvió declarar que la relación laboral sostenida entre las trabajadoras RAQUEL RAMOS MEJÍA y KAREN YAJAIRA

ATENCIA ROMERO; y, la empresa TEMPOSERVICIOS SAS finalizó el 31 de octubre de 2019 por terminación de la obra o labor.

Producto de lo anterior, condenó a la demandada TEMPOSERVICIOS SAS en solidaridad con la empresa usuaria ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y la compañía de seguros SEGUROS DEL ESTADO SA a cancelar a las demandantes las sumas correspondientes a cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones e indemnización moratoria.

Finalmente, condenó en costas a las demandadas en la suma de \$ 3.236.221 correspondientes al 5% de las erogaciones reconocidas en la sentencia.

Como fundamento de su decisión, el *a-quo* enmarcó la solidaridad entre de la compañía de seguros en razón a la póliza existente vigente para las fechas en que se desarrolló el contrato de trabajo de las demandantes. Respecto de la indización moratoria, sostuvo que la afirmación de la accionada no puede ser considerada como un actuar de buena fe, pues una situación es la falta de cumplimiento del pago contractual con la empresa usuario; y, otra distinta es la imposibilidad del pago de las acreencias laborales adeudadas.

IV RECURSO DE APELACIÓN

4.1. EST TEMPOSERVICIOS SAS

La apoderada judicial de la **EST TEMPOSERVICIOS SAS** interpuso recurso de apelación en contra de la anterior sentencia; su inconformidad refiere:

1. La condena emitida por la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST. Afirmó que si bien el *a-quo* determinó la existencia de mala fe al no pagar las prestaciones sociales al finalizar el vínculo laboral, tal situación obedece

exclusivamente a la omisión de la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA que a la presente adeuda a la EST una suma cercana a los \$1.307.414.773, dinero suficiente para cancelar a los trabajadores demandantes los saldos pendientes de pago.

Al respecto, recuerda que el 17 de septiembre de 2020 requirió al representante legal de la ESE para el pago de las sumas adeudadas, advirtiéndole su apremiante necesidad, toda vez que se requería para pagar los saldos adeudados a los trabajadores que laboraban en dicha entidad. Así mismo, indicó que el 26 de octubre de 2020 nuevamente solicitó respuesta de la petición.

Afirmó así que conforme al criterio jurisprudencial no actuó con desidia o con la intención de defraudar a los trabajadores, pues ha efectuado ingentes esfuerzos para cumplir a sus empleadores; sin embargo, la entidad pública, receptora del servicio, omitió pagar sus obligaciones, por lo que imponer una sanción moratoria pondría en una situación más gravosa a la empresa de servicios temporales, dejándola en lista de quiebra o liquidación.

4.2. SEGUROS DEL ESTADO SA

El apoderado de la compañía de seguros interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el juez de conocimiento, en los siguientes términos:

1. Consideró que la decisión para condenar en solidaridad a SEGUROS DEL ESTADO SA no se encuentra conforme a derecho, dado que se omitió estudiar la legitimación en la causa de la compañía de seguros dentro del presente proceso.

Así pues, señaló que la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado al respecto indicando que la legitimación en la causa por activa o pasiva no es solo una excepción, sino uno de los presupuestos necesarios para emitir una sentencia. De esta manera, indicó que en el presente caso la compañía de seguros es condenada en solidaridad sin que se hubiere señalado bajo que norma o argumento jurídico se da aplicación a dicha figura, pues no existieron los presupuestos necesarios para ello porque no fungió como empleadora de las demandantes y tampoco se predica la configuración del artículo 34 del CST porque no es beneficiaria de la obra o labor desarrollada.

Manifestó que, si bien existen unas pólizas suscritas, lo cierto es que el beneficiario es la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA. De otra parte, resaltó que la compañía de seguros es demandada en solidaridad y no llamada en garantía dentro del proceso, pues de ser así en el segundo caso si existiría una afectación de la póliza.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. SEGUROS DEL ESTADO SA presentó escrito de alegatos de conclusión en el que reiteró su inconformidad con la sentencia apelada al condenar solidariamente a la compañía de seguros, por lo que solicitó revocar la decisión de primera instancia.

5.2. Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, la EST TEMPOSERVICIOS SAS presentó escrito de alegatos de conclusión en el que reiteró los mismos argumentos expuestos en el recurso de alzada.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

6.2. Problema jurídico a resolver

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación. Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se contrae a determinar: i) Si incurrió en error el juez de conocimiento al emitir condena de manera solidaria en contra de SEGUROS DEL ESTADO SA; y, ii) Si es procedente o no emitir condena por concepto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.

6.3. De la responsabilidad solidaria – diferencia entre el contratista independiente y el simple intermediario

Frente a este tópico, es pertinente indicar que el recurrente SEGUROS DEL ESTADO SA manifiesta su inconformidad respecto de la solidaridad que fue decretada por el juez de conocimiento, pues consideró que no existieron los presupuestos necesarios para ello porque no fungió como empleadora de las demandantes y tampoco se podía predicar la configuración del artículo 34 del CST porque no es beneficiario de la obra o labor desarrollada.

Sobre el particular, el *a-quo* dentro del presente asunto enmarcó la solidaridad con la compañía de seguros, en razón a la póliza vigente para las fechas en que se desarrolló el contrato de trabajo de las demandantes.

En razón a lo anterior, esta Sala debe señalar, desde ya, que el *a-quo* incurrió en un desatino al aplicar la figura de la responsabilidad solidaria, pues dicha condena emitida sobre la compañía de seguros es ilegal y lesionadora del patrimonio público; tal como lo concluyó esta Colegiatura en casos similares al que nos ocupa, contra las mismas accionadas y con similar situación probatoria, como ocurre en la providencia adiada 23 de marzo de 2023 con radicación No. 23001-31-05-004-2020-00139-01 Folio 73-22, donde con ponencia del Dr. Marco Tulio Borja Paradas, se expuso:

“Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia SL, 20 abr. 2010, Rad. 33275, reiterando la SL, 24 abr. 1997, Rad. 9435, señaló la Corte:

*“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), **de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.***

“Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobre costo sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que, por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos

cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, más ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento”.

A su turno, en la sentencia SL178-2020, expresó:

“Importa observar, que la ley califica a las EST como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y, en principio son obligadas directa y exclusivamente, conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente, se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (arts. 33, 34, 35 y 36, CST), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión”.

Y, en sentencia SL16350-2014, expresó:

“siendo indiscutible que durante el período ya mencionado el actor le prestó sus servicios como trabajador en misión, por ser trabajador directo de la empresa de servicios temporales igualmente demandada, en modo alguno estaba llamada a responder solidariamente por las acreencias laborales que la empleadora dejó de pagarle oportunamente a su trabajador y por la cual fue condenada a pagar la indemnización moratoria que el juez de la alzada confirmó con la precisión de la fecha de su causación. Y ello es así, porque, en verdad, no podía tenersele como una contratista laboral independiente y en manera alguna contrató a la empresa usuaria la realización de una obra, simplemente lo que les ató fue la remisión de trabajadores en misión, como aquí ocurrió con el actor. (...).”

Así las cosas, en dicha decisión se concluyó:

*“4.3. Al ser ilegal la responsabilidad solidaria deducida por el A quo a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRAL, resultan improcedente las condenas impartidas a esta demandada, y, por consiguiente, **también resulta equivocado la responsabilidad solidaria que se impuso con la sentencia recurrida a SEGUROS***

DEL ESTADO S.A., ya que si a su asegurado y beneficiario, esto es, la referida E.S.E., no le incumbe responsabilidad, por contera, tampoco le incumbe a su aseguradora.”

Acorde a ello, esta Judicatura acoge el criterio citado, por lo que considera indispensable revocar la condena impuesta sobre la SEGUROS DEL ESTADO SA, haciendo claridad que tal suerte no acontece con la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA quien no apeló la decisión.

6.4. De la indemnización moratoria

En este punto, se encuentra que el recurrente EST TEMPOSERVICIOS SAS manifestó su inconformidad respecto de la condena emitida por el juez de conocimiento por concepto de la indemnización moratoria; insiste en que la falta de pago de las prestaciones sociales obedeció a la omisión de pago de la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA en su relación contractual, dinero necesario para solventar los pasivos laborales, por lo tanto tal situación amparada bajo los requerimiento realizados a la ESE la eximen de una conducta de fraude o desidia frente a los trabajadores.

Así las cosas, cabe recabar en los reiterados precedentes jurisprudenciales sobre la aplicación de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. del T. en que se indica que la misma no opera de forma automática, debiendo el fallador examinar la conducta del empleador que conllevó a la omisión de su deber. En efecto, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL-2405 de 2023, recordó:

“Debe tenerse en cuenta que si bien la condena al pago de la indemnización moratoria no opera automáticamente, que es necesario que en cada caso en particular, se determine si la conducta de la empleadora estuvo revestida de razones atendibles que justifiquen su proceder; también se ha dicho que los motivos que se exponen como justificativos del incumplimiento, deben tener fundamento en unos

argumentos sólidos y atendibles, que den un grado de certeza tal, que permita llevar a la creencia fundada de que se está actuando correctamente o conforme a la ley, lo que no ocurre en el presente asunto.”

Por tanto, se advierte que sobre esta materia en ningún error incurrió el juez de conocimiento, pues la justificación expuesta por la accionada en el *sub examine* no puede ser considerada como obrar de buena fe, pues afirmar que la omisión en el pago de salarios y prestaciones tenía incidencia en la falta de cumplimiento de pago contractual con la empresa usuaria no es una situación demostrativa de la imposibilidad del pago de las acreencias laborales adeudadas. Para tal fin, ver sentencia SL-5628 de 2021.

En vista de lo anterior, el no pago de salarios y prestaciones sociales bajo el argumento sobre incumplimiento de las obligaciones de la ESE no exime a la accionada de asumir sus obligaciones laborales con los trabajadores, motivo por el cual, se concluye que es procedente la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST, sin que le asista razón en el reparo efectuado por la parte demandada.

6.5. Costas

No hay lugar a condena en costas debido a que las mismas no se causaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8o del artículo 365 del C.G.P y no existió contradicción por la parte activa.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **PRIMERO, QUINTO** y **SÉPTIMO** de la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR** probada la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA Y ACTIVA** propuesta por **SEGUROS DEL ESTADO SA** y en consecuencia, **ABSOLVER** a la compañía de seguros de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, conforme con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MANTENER incólume la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

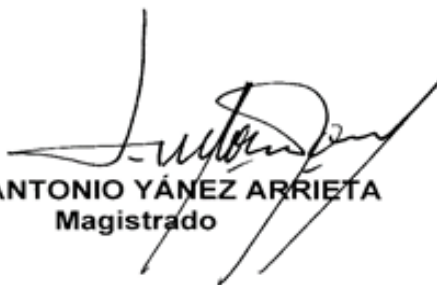
CUARTO: Devolver el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORA ROJAS**

Radicado N°. 23-555-31-89-001-2020-00086-02 FOLIO 152-22

Montería, veintinueve (29) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia del 21 de abril de 2022, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EUTIMIO ENRIQUE MONTOYA MOGOLLÓN contra la COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DE PLANETA RICA - EN LIQUIDACIÓN.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende el demandante que se declare que entre las partes existió una relación laboral que finalizó el día 30 de noviembre de 2008 por culpa del empleador al ser despedido de manera indirecta. En consecuencia, solicitó ordenar su reintegro a un cargo de igual o mejor jerarquía, el pago de salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social desde la fecha en que fue despedido hasta que se materialice el reintegro.

De otra parte, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión sanción desde la fecha en que cumplió el estatus de pensionado con 14 mesadas, junto con el

retroactivo correspondiente, las cotizaciones a la AFP bajo la modalidad de cálculo actuarial, subsidio familiar, subsidio de transporte e intereses a las cesantías durante todo el tiempo laborado.

Peticionó efectuar la devolución de las cotizaciones retenidas y no aportadas a la EPS, pagar la indemnización moratoria por falta de consignación de las cesantías al fondo de pensiones, la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST, la indexación de las condenas, la aplicación de intereses moratorios; y, la condena por concepto de costas y agencias en derecho.

Finalmente, como pretensiones subsidiarias solicitó condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST por el no pago de aportes a la seguridad social y el pago de la pensión de vejez conforme lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones relató, de forma sucinta, los siguientes hechos:

Señaló que desde el 05 de diciembre de 1979 se vinculó al establecimiento educativo “*Colegio Cooperativo San Isidro de Planeta Rica (Córdoba)*” para prestar sus servicios como profesor de tiempo completo. Así mismo, indicó que tal establecimiento educativo es de propiedad de la COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DE PLANETA RICA - EN LIQUIDACIÓN.

Relató que la demandada responsable no lo afilió al sistema de seguridad social; y que tuvo salario mensual cuya última cuantía ascendió a \$1.228.350, el cual corresponde a un pago inferior al mínimo legal que debía recibir un educador escalafonado en el grado 10.

Comentó que el 30 de noviembre de 2008 presentó renuncia provocada por despido indirecto al no obtener el pago de los conceptos laborales adeudados;

así mismo, manifestó que durante la vigencia del contrato de trabajo tuvo que costear con sus propios recursos la atención médica y hospitalaria de él y de su núcleo familiar.

Manifestó que en diferentes oportunidades solicitó al empleador el pago de prestaciones, salarios e indemnizaciones, razón por la que promovió un proceso ordinario laboral en contra de la COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DE PLANETA RICA - EN LIQUIDACIÓN bajo el radicado 2009-241, en el que se declaró la existencia de una relación laboral y se condenó el pago de prestaciones, sin que fuera materia de debate las cotizaciones realizadas al fondo de pensiones, la devolución de las cotizaciones retenidas y no aportadas a una EPS y las pretensiones de la pensión sanción y la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Mediante auto de fecha 15 de diciembre de 2020, el juez de conocimiento admitió la demanda y emplazó a la demandada COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DE PLANETA RICA - EN LIQUIDACIÓN designando como curador ad-litem de esta a PABLO ANDRÉS MENDOZA GÓMEZ.

2.3.2. La COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DE PLANETA RICA - EN LIQUIDACIÓN por medio de curador ad-litem presentó escrito de contestación de la demanda en el que manifestó no constarle ninguno de los hechos descritos en el libelo introductorio. De otro lado, no presentó ningún tipo de excepción previa o de fondo.

III. LA SENTENCIA APELADA

El juez de primera instancia resolvió condenar a la COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DE PLANETA RICA - EN

LIQUIDACIÓN a pagar en favor del demandante la suma de \$47.915.083 por concepto de la indemnización por la no consignación de cesantías. De otra parte, negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandada en la suma de \$4.791.508 y en \$1.000.000 por agencias en derecho.

Como fundamento de su decisión, indicó que la manifestación realizada por el actor en la carta de terminación de la relación laboral no corresponde a ninguna de las causales contempladas en el literal b) del artículo 62 del CST ni se enunció cual fue el incumplimiento del empleador, por lo que no puede alegarse el despido indirecto. Adicionalmente, indicó que los testigos no fueron unísonos al manifestar cual fue la causa por la que finalizó el vínculo laboral; en razón a lo anterior, negó las pretensiones correspondientes a la pretensión de esta declaración.

Respecto a la pretensión del reintegro indicó que la misma no es procedente en atención a que el trabajador no fue despedido, sino que presentó una carta de renuncia en la que aseveró razones personales y de índole familiar, por lo que no se demostró una causa imputable al empleador. Por lo tanto, concluyó que no era procedente el pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir.

Referente a la solicitud de pensión sanción, manifestó que no procede la pretensión teniendo en cuenta que el demandante no reúne los requisitos señalados en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, esto es, que el actor no fue despedido sin justa causa.

En lo relativo al pago de las cotizaciones a Porvenir – Fondo de Pensiones y Cesantías bajo la modalidad de cálculo actuarial, señaló que no es posible acceder a tal pretensión porque no se reconoció el pago de una pensión sanción y, en todo caso, son situaciones distintas la omisión de afiliación y la omisión de realizar los aportes. Además, sostuvo que el cálculo actuarial es procedente cuando el trabajador se encuentra afiliado porque se realiza una proyección de

su dispensa pensional, situación que no ocurre en el presente caso comoquiera que se evidencia en el expediente que la cooperativa demandada no afilió al actor al sistema de seguridad social. De otro lado, no accedió a la solicitud de la pensión de vejez dado que el escrito de la demanda no está dirigido en contra de un fondo de pensiones, sino en contra del empleador y en ese sentido tampoco es procedente el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1991.

Se refirió al fenómeno de la cosa juzgada bajo la prueba allegada por el actor referente a la demanda de radicado 2009-241 donde se discutió el pago de salarios, primas de servicio, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías. Así, concluyó que no era procedente ordenar el pago de dichas acreencias. En otro sentido, tampoco emitió condena sobre la devolución de aportes a la EPS, dado que su finalidad era cubrir las vicisitudes que tuviera el trabajador en vigencia de la relación laboral.

Finalmente, frente a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, explicó que no se probó que la demandada hubiere consignado las cesantías en algún fondo por lo que concluyó procedente condenar por este concepto al empleador. No accedió a la sanción moratoria por falta de pago de prestaciones sociales y salario, dado que no se demostró que a la fecha se adeude alguna suma por dicho concepto.

Mediante adición de sentencia solicitada por la parte demandante, el juez de instancia negó las pretensiones 3°, 4° y 5° del escrito de la demanda, al indicar que la solicitud de ineficacia de terminación de la relación laboral y por consiguiente el reintegro contenido en el parágrafo 1° del artículo 65 del CST únicamente aplica para los casos en que la terminación del contrato de trabajo sea imputable o atribuible al empleador; por lo tanto, concluyó que no era procedente, pues del debate probatorio se comprobó que la finalización del vínculo sucedió por renuncia voluntaria del trabajador. Finalmente, ordenó la indexación de la sanción por la no consignación de las cesantías.

IV RECURSO DE APELACIÓN

4.1. La parte demandante a través de su apoderado judicial, presentó recurso de apelación manifestando su inconformidad en los siguientes términos:

1. Si bien el despacho resolvió la pretensión 3° sobre la cual se petitionó que en virtud del artículo 29 de la Ley 789 del 2002 la terminación del contrato no produciría efecto y, en consecuencia, procede el reintegro y el pago de emolumentos laborales dejados de percibir; lo cierto, es que no comparte los argumentos de esa decisión, en tanto la jurisprudencia sobre el particular, enseña que sin importar la causa de la ruptura de la relación laboral, opera la declaratoria de ineficacia, tal postura esta reflejada en la Sentencia de radicado 64318 de 2018.

Así, solicitó declarar ineficaz la terminación del vínculo laboral y, en consecuencia, se ordene el reintegro, pago de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales. De otra parte, sostuvo que de no ser de recibo dicha pretensión, se ordene el pago de la sanción moratoria como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 65 del CST, esto es, no pagar las cotizaciones de seguridad social al momento de finiquitar el contrato de trabajo.

2. Indicó que el *a-quo* no accedió a la pensión sanción al faltar el elemento del despido injustificado. Pero no ordenó que ante la falta de afiliación y pago oportuno de cotizaciones al sistema de pensión, se hiciera un cálculo actuarial para que dicha entidad reconozca las prestaciones derivadas de ello. De igual modo, no accedió al reconocimiento de la pensión de vejez que se deprecó como pretensión subsidiaria, por lo que solicitó al superior jerárquico pronunciarse sobre dicha solicitud.

Afirmó que la ley establece que cuando el empleador omite realizar afiliación al sistema de seguridad social, la consecuencia es que el

empleador asuma de manera directa las prestaciones económicas y todos aquellos beneficios que el trabajador hubiere recibido en caso de estar afiliado. De manera que, solicitó ordenar la pensión de vejez para la cual se deberá tener en cuenta el salario real devengado por el actor.

3. El despacho concedió la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías; no obstante, no se realizó conforme con el salario real por orden judicial devengado por el actor, sino con el salario mínimo de cada anualidad. Por lo tanto, se debe ajustar dicha condena.
4. Señaló que todas las condenas que se produzcan dentro del asunto de la referencia deberán ser indexadas.

V. TRÁMITE Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. El apoderado judicial de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de alzada, insistiendo que el parágrafo primero del artículo 29 de la ley 789 de 2002 establece para la procedencia de la terminación del contrato sin justa causa, consagrada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador deberá informar por escrito al trabajador el estado de cotizaciones y aportes a seguridad social de los últimos tres meses a la relación laboral, dentro de los sesenta días siguientes a la terminación, adjuntando los comprobantes de pago que lo certifiquen. La misma disposición impone el deber de probar el pago de dichas cotizaciones so pena de no producir efecto alguno la terminación del contrato.

Al respecto manifestó que en sentencia SL-11392018 (64318), abr. 18/18 la Sala de descongestión laboral de la Corte Suprema de Justicia, dejó sentado que la norma citada no se limita a la terminación del contrato sin justa causa, su aplicación es válida en cualquier modalidad de terminación del contrato por lo cual es procedente en el caso concreto.

Así mismo, aseveró que es responsabilidad del empleador asumir las cotizaciones dejadas de percibir por parte del trabajador al sistema de seguridad social, así como la sanción moratoria por no pago de las mismas, comoquiera que la Corte Suprema de Justicia (en jurisprudencia no reseñada dentro los alegatos de conclusión) ha sostenido que esta debe ser la consecuencia, cualquiera que haya sido la modalidad de terminación de la relación laboral.

5.2. Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, las partes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

6.2. Problema jurídico a resolver

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación. Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se contrae a determinar: **i)** Si en virtud del artículo 29 de la Ley 789 del 2002 es procedente el reintegro y pago de los emolumentos laborales dejados de percibir; y, en caso de no salir avante tal reparo, si es procedente ordenar el pago de la sanción moratoria; **ii)** Si es procedente ordenar a la demandada el pago del cálculo actuarial con el fin de que la administradora de pensiones reconozca las prestaciones derivadas de ello; **iii)** Si es procedente ordenar a la demandada el pago de una pensión de vejez; **iv)** Si erró la juez de conocimiento al efectuar el cálculo correspondiente a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías; y, **v)** Si debe ordenarse la indexación sobre las condenas emitidas en esta instancia.

6.2.1. Del contenido y alcance dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002

Sobre el tópico materia de estudio, el actor indicó que conforme con el artículo 29 de la Ley 789 del 2002, la terminación del contrato de trabajo no produce efecto, por lo tanto, solicitó el reintegro y el pago de salarios, prestaciones y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir. No obstante, de acuerdo con la adición de la sentencia apelada, se tiene que la juez de instancia negó el pedimento al señalar que la norma en comento solamente aplica para los casos en que la terminación del contrato de trabajo sea imputable o atribuible al empleador; sin embargo, concluyó que del debate probatorio se comprobó que la finalización del vínculo sucedió por renuncia voluntaria por parte del demandante.

Así, el reparo esgrimido por la parte actora se centra en manifestar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cualquiera que sea la causa de la ruptura de la relación laboral, opera la declaratoria de ineficacia y por tanto es procedente el reintegro, pago de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales.

En ese sentido, con el fin de resolver el problema anterior se precisa que la norma en cita dispone el siguiente contenido:

“ARTÍCULO 29. Indemnización por falta de pago. El artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo quedara así:

Artículo 65. Indemnización por falta de pago: (...)

(...) PARÁGRAFO 1°. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los

últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.”

Sobre lo anterior, es necesario precisar que la norma no establece el alcance pretendido por el recurrente, pues si bien es cierto que la Sentencia citada en la apelación de radicado No. 64318 (SL-1139 de 2018), establece sin discusión alguna que la consecuencia prevista en el párrafo se debe aplicar indistintamente del modo en que termine el contrato de trabajo; lo cierto, es que también señala que el alcance de la norma no propende en materializar el reintegro del trabajador, así lo señaló:

*“Pues bien, en innumerables ocasiones, la Sala ha analizado el contenido de la preceptiva acusada - **parágrafo primero del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002-**, y ha concluido que su finalidad es **garantizar el pago real de las cotizaciones al sistema de seguridad social y parafiscales**, independientemente de las demás formalidades exigidas, esto es, de si el empleador cumplió con el deber de afiliación y de si comunicó de manera efectiva dicho pago al trabajador, específicamente, por los últimos tres meses.*

Igualmente, esta Corporación también ha sido incisiva en preceptuar que la inobservancia de tal obligación, trae consigo el pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador y no su reintegro al cargo desempeñado, dado que el objeto de la norma no recae en el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, sino, como ya quedó explicado, en la cancelación de los aportes a la seguridad social y parafiscales.” (Negrilla por fuera del texto)

Tal posición es soportada en la sentencia SL-516 de 2013 y reiterada recientemente, entre otras, en la SL-3013 de 2023, al concluir:

“Si bien la redacción de la norma en comento es distinta al texto original del artículo 65 del CST y a la modificación introducida a este por el primer inciso del citado artículo 29 de la Ley 789, en la medida que allí sí se fija, claramente, la consecuencia

consistente en que el empleador le deberá pagar al trabajador un día de salario por cada día de mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, no puede ser motivo de extrañeza para la comunidad jurídica laboral el que, cuando el legislador se refiera a la ineficacia del retiro del servicio derivada del incumplimiento del pago de obligaciones laborales, en este caso del sistema de la protección social, a cargo del empleador, se equipare al pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador, por cuanto la jurisprudencia tiene precisado, desde antaño, conforme al propósito de la norma en estos casos, que el objeto de tutela jurídica no es la estabilidad laboral, sino el pago de ciertas obligaciones laborales que, dada su naturaleza, merecen una protección especial y que esta protección debe estar armonizada con el principio general de la resolución contenido en todos los contratos de trabajo.” (Negrilla por fuera del texto)

Bajo ese tenor, en este contexto no le asiste razón a la parte recurrente para peticionar su reintegro al cargo que venía ocupando; por lo tanto, al no salir avante tal reparo, es del caso verificar la procedencia del pago de la indemnización moratoria que se abordará en el siguiente estudio.

6.2.2. De la indemnización moratoria por falta de pago de cotizaciones, el cálculo actuarial por la no afiliación al sistema general de pensiones y el fenómeno de cosa juzgada en segunda instancia

Corresponde en este punto estudiar el problema residual del planteamiento jurídico anterior, esto es, **i)** la procedencia del pago de la indemnización moratoria sobre el parágrafo 1° del artículo 65 del CST; así como **ii)** la procedencia para ordenar a la demandada a pagar el cálculo actuarial en los términos del segundo reparo efectuado por la parte recurrente.

Sobre el segundo aspecto, es preciso señalar que diferente a lo esbozado por la juez de instancia, ante la falta de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones lo que corresponde en efecto es el pago del cálculo actuarial, pues la jurisprudencia de la CSJ ha sido enfática en demarcar una distinción entre la falta de afiliación al sistema y la mora en la cancelación de aportes, con

consecuencias jurídicas es muy diversas, así se definió en la Sentencia SL-1078 de 2021 reiterada por la SL-2920 de 2023:

*“Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, **mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).**” (Negrilla por fuera del texto)*

No obstante lo anterior, desde ya advierte este Órgano Colegiado que sobre ambos aspectos: i) *indemnización moratoria* y ii) *cálculo actuarial*, se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada, aclarando que tal situación en manera alguna transgrede el principio de consonancia, pues la Sala Laboral de la CSJ (sentencias SL-174 de 2023 y SL-650 de 2023) señala que son objeto de pronunciamiento jurisdiccional por parte del juez de segundo grado, todos aquellos aspectos no apelados que:

*“i) que atañen con derechos fundamentales (CSJ SL12869-2017, reiterada en la CSJ SL2808-2018); iii) que están íntimamente ligados con el tópico recurrido, de conformidad con el artículo 357 CPC, hoy 328 del CGP (CSJ SL7783-2017) o, iii) **que en garantía de elementos de raigambre superior deben definirse de oficio, como la declaración de falta de jurisdicción o de cosa juzgada (CSJ SL10610-2014 y CSJ SL11251-2017).**” (Negrilla por fuera del texto)*

Así las cosas, se debe indicar que la figura procesal de la cosa juzgada se encuentra regulada en el artículo 303 del Código General del Proceso, norma aplicable al caso por disposición del artículo 145 del CPL, que ordena:

“Artículo 303. Cosa juzgada.

La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”

Sobre la cosa juzgada se ha sostenido “*tiene como finalidad esencial, proteger la inmutabilidad de los fallos judiciales, al dotarlos de seguridad y estabilidad jurídicas, evitando así que se promuevan juicios de manera indefinida sobre el mismo asunto, que pudieran originar decisiones contradictorias*”. (CSJ SC21824-2017)

Bajo ese tenor, se ha precisado que para su configuración se requiere la presencia de los siguientes requisitos:

1. Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia dictada.
2. Que ese nuevo proceso sea entre unas mismas partes, o, como lo anota el art. 332, que “haya identidad jurídica de partes.”
3. Que el nuevo proceso verse sobre un mismo objeto (art. 332).

4. Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior.

Sobre la citada figura procesal precisó la honorable Sala de Casación Laboral en sentencia del 28 de julio de 2004, radicado 23289, con ponencia del Magistrado Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, que:

“Con todo, debe precisarse que para que se presente el fenómeno de la cosa juzgada no se requiere que el petitum de los dos procesos sea idéntico, como lo ha explicado la Sala en los siguientes términos:

*Antes del estudio de los desatinos fácticos planteados en la censura, **conviene aclarar que para que en un caso determinado se configuren los elementos axiológicos del instituto procesal de la “cosa juzgada” no es indispensable que todos los hechos de las demandas materia de cotejo sean exactamente los mismos, ni que el conjunto del petitum sea idéntico.** La ley procesal no exige para la prosperidad de esta excepción que el segundo proceso sea un calco o copia fidedigna del precedente en los aspectos citados. No. Lo fundamental es que el núcleo de la causa petendi, del objeto y de las pretensiones de ambos procesos evidencien tal identidad esencial que permita inferir al fallador que la segunda acción tiende a replantear la misma cuestión litigiosa, y por ende a revivir un proceso legal y definitivamente fenecido. (...)*

(...) Si se llegase a la afirmación contraria bastaría que después de una sentencia judicial desfavorable la parte perdedora alterase los fundamentos fácticos de la acción desventurada o adicionara pretensiones accesorias con el objeto de enervar los inexorables e indelebles efectos de la cosa juzgada, en una tentativa vana de enmendar los errores que originaron el resultado frustrado-. Tal actitud fomentaría el desgaste del sistema judicial y socavaría su seriedad, respetabilidad y prestigio. De ahí porqué resulta muy importante que quien instaure una acción tenga desde un comienzo especial cuidado en señalar de manera concreta, sintética, completa y leal todos los fundamentos de ipso que le asisten a su favor, con la consciencia de que el proceso que ventila es en principio único y definitivo, y sólo tiene las etapas que la ley garantiza dentro del debido proceso por ella gobernado.” (Rad. 10819)

En el caso bajo estudio, avizora la Sala tal y como lo advirtió la juez de conocimiento, la existencia de un proceso previamente adelantado al presente,

instaurado por la parte demandante contra la COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DE PLANETA RICA - EN LIQUIDACIÓN, el cual cursó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica – Córdoba bajo el radicado No. 2009-241, donde se encuentran detalladas las siguientes pretensiones, así:

CUARTO: Que la empresa demandada debe pagar a mi patrocinado la suma de dineros que resulte por concepto de las dotaciones de los tres últimos años como lo ordena la ley 11 de 1984. Por lo que se debe nombrar unos peritos a fin dictaminen el valor de dichas dotaciones a que tiene derecho mi mandante. En igual forma se debe elevar las sanciones a que tiene derecho mi mandante por el no estar afiliado a ningún entidad prestadora de seguridad social y de pensión

QUINTO: Que la empresa demandada debe pagar a mi defendido, por concepto de indemnización, como consecuencia de la sanción moratoria contemplada en el art. 65 del C. S. T. Modificado por el art. 29 de la ley 789 del 2002 por no haberse cancelado las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo. Las presentes condenas deben extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

Al confrontar las pretensiones solicitadas en dicha oportunidad con las que ocupan hoy la atención de la Sala, esto es, la sanción por falta de afiliación a la entidad del sistema general de pensiones y el pago de la indemnización moratoria, es evidente sin dubitación que se trata del mismo objeto perseguido.

Ahora, es necesario indicar que la parte demandante en el actual proceso refiere en los hechos de la demanda que:

*“El señor EUTIMIO ENRIQUE MONTOYA MOGOLLON , promovió proceso ordinario laboral en contra de la COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DE PLANETA RICA –CORDOBA- LTDA, ante su despacho ruego que se tramitó ante este juzgado correspondiéndole el radicado número 235553189001 2009 00241 00 (EUTIMIO MONTOYA vs COOEDEP LTDA), declarándose la relación laboral, y condenando por derechos laborales, **sin haber sido materia de debate la Cotizaciones a un fondo de pensiones, devolución de cotizaciones retenidas y no aportadas a una EPS, y las pretensiones de pensión sanción o de devolución de aportes, sanción moratoria del artículo 65 del CST, amén de otras prestaciones.**”*

Dicha situación no se ajusta a la realidad procesal, pues se reitera que las solicitudes relacionadas con la sanción por falta de afiliación y la indemnización moratoria si fueron pretendidas e incluso discutidas en el proceso anterior, en apoyo de esta aseveración, en la diligencia de trámite, llevada a cabo el 24 de marzo de 2010 (archivo digital 15 del proceso 2009-241) se dejó constancia de la fijación del litigio, en los siguientes términos:

“(...) Se requiere a las partes presentes a continuación tal y como lo indica el párrafo arriba señalado y al efecto las partes demandante y demandada presentes y sus apoderados manifiestan sostenerse en las pretensiones de la demanda, contestación de la misma y pruebas solicitadas, respectivamente. (...)”

Ahora, si bien el actor no realizó manifestación de inconformidad ante la negativa o falta de pronunciamiento sobre dichas pretensiones en la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica – Córdoba, el día 02 de agosto de 2012, confirmada por el Tribunal de Descongestión del Distrito Judicial de Santa Marta en providencia del 30 de julio de 2013; no puede ahora pretender revivir tales pedimentos para obtener a su favor un pronunciamiento sobre derechos que ya fueron objeto de discusión.

En el marco de lo expuesto, respecto de la sanción moratoria, la parte demandante no puede encubrirse bajo el argumento que en el primer proceso petitionó la indemnización frente a la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, mientras que en el segundo, reclama el pago de la sanción moratoria por la falta de pago de cotizaciones en seguridad social; pues no se trata de dos indemnizaciones diferentes, sino de una sola sanción que se puede configurar por dos presupuestos distintos, tal y como lo señala la Sentencia SL-912 de 2023, en los siguientes términos:

“La norma transcrita consagra la indemnización moratoria, en su numeral primero frente a la falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la culminación del nexo; y en el párrafo primero por el no cubrimiento de las cotizaciones en

materia de seguridad social. Lo que significa, que tal sanción se genera por cualquiera de los dos presupuestos referidos.

Lo que conlleva que, la mencionada indemnización moratoria se puede dar por tales eventos que se desprenden del texto normativo, cuando la empleadora incumple con sus obligaciones tanto salariales, prestacionales o en materia de seguridad social y haya actuado de mala fe.” (Negrilla por fuera del texto)

Ahora bien, en lo atinente al cálculo actuarial, no puede la parte demandante alegar la existencia de una nueva causa, no fue discutida en el proceso previo, como quiera que en el hecho No. 07 del primer escrito de la demanda se advierte la mención de una desavenencia en materia de seguridad social, así: *“A mi mandante por todo el tiempo que laboró con la empresa demandada no se le tenía afiliado a ninguna entidad de seguridad social como tampoco al fondo de pensión”*; que luego reafirma en la pretensión No. 04 anteriormente citada: *“(…) En igual forma se debe elevar las sanciones a que tiene derecho mi mandante por el no estar afiliado a ningún entidad prestadora de seguridad social y de pensión. (sic.)”*

Así las cosas, de las actuaciones antes aludidas salta a la vista que: i) se adelantó un proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia; ii) que existe identidad jurídica de partes, comoquiera que se trata de los mismos sujetos procesales; y, iii) el objeto y la causa sobre las pretensiones en discusión son iguales en ambas actuaciones, puesto que se pregona la aplicación de la sanción por no afiliación del trabajador (cálculo actuarial) y el pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST bajo una misma causa.

Lo anterior impide generar un nuevo debate sobre estos aspectos y, por ende, un nuevo pronunciamiento judicial, situación inadvertida por la juez de conocimiento dentro del presente asunto, recordando el alcance señalada por la doctrina para esta figura: *“al impedir la cosa juzgada que los asuntos decididos mediante sentencia sean nuevamente sometidos a debate judicial, contribuye*

a dar serenidad a las determinaciones judiciales y a poner término al estado de incertidumbre que surgiría si quien obtuvo providencia, no acorde con sus intereses, pudiera seguir planteando la misma controversia hasta lograr un fallo que se ajuste a sus particulares propósitos, de ahí la Carta destaca que toda persona tiene el derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” (art.29)” (López Blanco Hernán Fabio, Código General del Proceso, Tomo I, Parte General, 2016)

Por lo tanto, esta Judicatura concluye que no prosperan los reparos efectuados por la parte actora; y, conforme a lo expuesto en esta providencia se modificará la decisión de primera instancia para negar las pretensiones de la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST y la sanción por no afiliación al sistema general de pensiones por operancia del fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

6.2.3. De la pensión de vejez

Manifiesta el recurrente que presentó como pretensión subsidiaria el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo el entendido que, ante la omisión de realizar la afiliación del trabajador al sistema de seguridad social, la consecuencia es la asunción de manera directa por el empleador de las prestaciones económicas y de todos aquellos beneficios que el trabajador hubiere recibido en caso de estar afiliado.

Sobre este particular aspecto, se observa que la pretensión para obtener el pago de la pensión de vejez es subsidiaria de la pretensión No. 6 principal, relacionada con el pago de la pensión sanción, negada por el despacho de conocimiento, así al margen de ello, y de manera textual solicitó el actor:

“13. Subsidiarias de las pretensiones 6: Condenar a la COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DE PLANETA RICA –CORDOBALTA, a que reconozca y pague a EUTIMIO ENRIQUE MONTOYA MOGOLLON, la

***PENSIÓN DE VEJEZ**, de acuerdo a lo previsto en el inc. 3º del art. 36 de la L. 100/1993.”*

De lo anterior, es imperioso aclarar que la disposición normativa referente al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no condiciona al empleador a reconocer y pagar una pensión de vejez en favor del trabajador; puesto que, lo que correspondía era el pago del cálculo actuarial sobre las cotizaciones correspondiente al periodo omitido por falta de afiliación, para que finalmente el respectivo fondo del sistema general de pensiones reconociera las prestaciones económicas a que tiene derecho el trabajador.

No obstante, como se explicó en precedencia, dicho pedimento se suscito y desato en proceso anterior, razón por la que se declaró la existencia de la cosa juzgada sobre tal aspecto. En consecuencia, al resultar improcedente el reconocimiento de la pensión de vejez, esta Sala confirmará en este tópico la sentencia apelada.

6.2.4. Sobre el cálculo correspondiente a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías

En lo que hace a este punto, sostiene la parte demandante que aun cuando la juez de conocimiento reconoció la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, lo cierto, es que efectuó su cálculo conforme con el salario mínimo de cada anualidad, sin tener en cuenta el salario real devengado y reconocido por orden judicial, pues la demanda que presentó el actor en el pasado en la sentencia de primera y segunda instancia, se estableció que el salario del trabajador correspondía al del escalafón del cual gozaba al momento de prestar el servicio y con el que se condenó al pago de la nivelación salarial.

Manifestó que, aun cuando en el expediente no sea visible el salario real del actor, se trata en todo caso de un hecho notorio derivado de un Decreto Nacional

que no requiere de prueba más que una simple consulta para determinar el salario correspondiente de cada anualidad.

Así las cosas, lo primero que se debe señalar es que, en efecto, en el proceso primigenio, radicado 2019-241 el actor solicitó el pago de los ajustes del salario, a partir de los factores salariales y demás emolumentos prestacionales de acuerdo al escalafón nacional docente; y, el sobresueldo del 30% por haber ocupado el cargo de rector de la institución. No obstante lo anterior, en dicho proceso el juez de primera instancia emitió una condena sin indicar el monto exacto del salario del trabajador, pues solo ordenó una bonificación salarial correspondiente al periodo comprendido entre el 27 de julio de 2007 al 27 de julio de 2009 en la suma de \$ 11.055.150.

Tal desatino fue advertido por el Tribunal de Descongestión del Distrito Judicial de Santa Marta en providencia del 30 de julio de 2013, en la que afirmó lo siguiente:

“Una vez definido lo anterior y al realizar el análisis pertinente del caso, observa esta Sala que la sentencia del A-quo, carece de una motivación suficiente, teniendo en cuenta que en la misma se deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho, que contienen los argumentos de las partes y los que utiliza el juzgador para resolver el objeto del proceso, en relación con las normas que se consideran aplicables al caso, lo que en el presente caso se echa de menos.”

De esta manera, a juicio de esta Sala se debe considerar que el salario real devengado por el actor no fue definido o establecido por orden judicial como lo plantea el recurrente en el asunto de marras, incluso porque en el proceso primigenio que se surtió en primera y segunda instancia el actor no mostró ninguna inconformidad referente a la sentencia emitida por el *a-quo* en aquella oportunidad, así resaltó el tribunal de alzada en la providencia ya citada:

“Ahora bien teniendo en cuenta que el demandado en su recurso de apelación manifiesta que desconoce las fuentes de las condenas impuestas en primera

instancia, procederá esta sala a determinar si las condenas impuestas se ajustan a derecho. Al respecto obra a folio 228 del plenario milita el peritazgo rendido por el profesional PANTALEON TRUJILLO SUAREZ, el cual no fue objetado por ninguna de las partes, el mismo nos arroja los valores correspondientes a las diferencias salariales no percibidas, y una vez tomando los años en los cuales no operó el fenómeno de la prescripción, es decir en el periodo comprendido 27 de julio de 2006 al 05 de agosto de 2008, supera los valores reconocidos por el Juzgador de primera instancia, sin embargo no le es dable a la Sala desmejorar la situación del demandado por ser apelante único y en aplicación del principio de la no reformatio in pejus se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.”

Conforme con lo expuesto, se insiste que el actor no apeló en aquel momento la decisión de primera instancia y en todo caso existe duda sobre el informe rendido por el perito en aquella oportunidad, pues como señaló el colegiado dicho informe no corresponde con los valores reconocidos por la primera instancia.

Ahora bien, es menester resaltar que no le asiste razón al recurrente al afirmar que el salario real del demandante es un hecho notorio, pues no le compete a esta Sala dilucidar ese estudio porque: **i)** El salario del actor no fue discutido en el asunto que ocupa la atención de la Sala; y, **ii)** Tal aspecto ya fue definido dentro del proceso 2019-241. De manera que, esta Judicatura no puede realizar inferencias o deducciones sobre una decisión judicial que fue confirmada y que se encuentra ejecutoriada.

En virtud de lo expuesto, solo puede esta Sala tener en cuenta como salario real el que fue determinado por el juez en el proceso 2019-241 bajo el concepto de bonificación en la suma de \$11.055.150 sobre el periodo comprendido entre el 27 de julio de 2007 al 27 de julio de 2009. Así, al aplicar el cálculo aritmético correspondiente se tiene que para cada mes adicional corresponde un valor de \$ 460.631,25.

Así las cosas, conforme con la liquidación de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías que realizó la juez de conocimiento, únicamente

se adicionará la suma de \$460.631,25 para cada uno de los meses correspondientes entre el 27 de julio y el 30 de diciembre de 2007, esto es, por un valor total de \$ 2.379.928, de acuerdo con la liquidación efectuada que obra como parte íntegra de esta sentencia.

Como consecuencia de lo anterior, esta Sala modificará la decisión de primera instancia para señalar que la indemnización por la no consignación de las cesantías asciende a una suma de \$ 50.295.047,50.

6.2.5. De la indexación sobre las condenas emitidas en esta instancia

Conforme con los resultados del proceso, esta Sala no ordenará la indexación en tanto que no prosperó ninguno de los reparos esbozados por la parte actora, y en todo caso, la decisión modificada respecto de la sanción por la no consignación de las cesantías fue indexada por la juez de conocimiento mediante la adición que realizó en la sentencia de fecha 21 de abril de 2022.

6.3. Costas

No hay lugar a condena en costas debido a que las mismas no se causaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8o del artículo 365 del C.G.P.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, en el sentido de **NEGAR** las pretensiones correspondientes a la sanción moratoria contenida en el artículo 65

del CST y a la sanción por no afiliación al sistema general de pensiones, por operar el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada, en el sentido que la suma por concepto de la indemnización por la no consignación oportuna de las cesantías asciende a \$50.295.047,50.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado