El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia - 17 de febrero de 2017

Radicación No.: 66001-31-05-005-2013-00418-01

Proceso: Ordinario laboral – Confirma fallo que accedió a las pretensiones

Demandantes: Aleisis Javier Herrera Zuluaga

Demandado: Óscar Cruz Ramírez

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema:**  **INDEMNIZACIÓN MORATORIA:** La quiebra del empresario o su falta de liquidez en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues estos no están llamados a asumir los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás. (…) si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito para efectos de la exoneración de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(17 de febrero de 2017)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 10:20 p.m., del día viernes (17) de febrero de 2017, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **ALEISIS Javier Herrera Zuluaga** en contra **oscar Cruz Ramírez.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia:

Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión.

Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación propuesto por el curador ad-litem de la parte demandada contra sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el pasado 11 de marzo de 2015, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y a los argumentos de la apelación, le corresponde a la Sala verificar si existen razones de peso que justifiquen exonerar de la indemnización moratoria al demandado.

1. **La demanda y su contestación**

El señor ALEISIS HERRERA ZULUAGA asegura que laboró al servicio del señor OSCAR CRUZ RAMÍREZ, entre el 5 de junio de 2008 y el 5 de junio de 2012, fecha en la cual renunció debido al incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo de este.

Como consecuencia de lo anterior, teniendo en cuenta que el demandado se sustrajo del cumplimiento del contrato y no le canceló sus prestaciones sociales, el demandante reclama el pago de los siguientes emolumentos: prima legal de servicio, cesantías, intereses sobre cesantías y vacaciones. Asimismo, el pago de la indemnización por despido injusto y la sanción moratoria por falta de pago de sus prestaciones sociales.

Para fundar dichas pretensiones, manifiesta que prestó sus servicios en la tienda deportiva Athletic, propiedad del demandado, desarrollando las funciones de cortador y devengando un salario mínimo legal mensual vigente, cumpliendo el horario fijado por su empleador, de lunes a viernes, de 8:00 am a 12:00 pm y de 2:00 pm a 6:00 pm, y los sábados hasta el mediodía.

Agrega igualmente que estuvo sometido al cumplimiento de las órdenes dadas por el demandado, lo cual exterioriza el elemento de dependencia jurídica de un contrato de trabajo y que no le fueron cancelados, desde el año 2011, la prima, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones.

Por último, expresa que el accionado no cumplió con su deber legal de afiliarlo a salud, pensión y riesgos laborales, no obstante lo cual le realizaba las deducciones y retenciones por estos conceptos, lo que es ilegal, debido a que dichas retenciones no cubrían el objeto para el cual estaban destinadas. Ante esta situación, el actor intentó conciliar con el demandado, en la Oficina del Inspector de Trabajo de la ciudad de Pereira, citación a la cual no compareció. En adición, informa que a la fecha de presentación de la demanda, no se había cancelado, por parte del accionado, su debida liquidación de prestaciones sociales, lo que constituye una mora en el pago de la misma.

El curador Ad-litem designado para representar los intereses del demandado, negó la totalidad de los hechos, pues considera que no habían pruebas suficientes para demostrar que efectivamente existió un contrato de trabajo entre el demandante y el señor Oscar Cruz Ramírez. Agrega que no existe prueba de la mencionada renuncia, enunciada por el accionante. Además, arguye que debido a que no se ha probado que existió un contrato de trabajo con el demandado, no existe el derecho para reclamar los conceptos pretendidos.

Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones por carecer de razón, sustento, lógica y fundamento. El demandante presenta unas planillas de pago de nómina correspondientes al mes de mayo del año 2012, pero carecen de valor probatorio por cuanto son documentos anónimos, o sin autor conocido, pues no están firmadas por quien las elaboró ni por quien las autorizó.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento declaró que entre el demandante y el señor Oscar Cruz Ramírez existió una relación laboral entre el 7 de diciembre de 2010 y el 27 de mayo de 2012. Como consecuencia de lo anterior, condenó al demandado a cancelar a favor del señor Aleisis Javier Herrera Zuluaga los créditos laborales que se enuncian seguidamente: $767.002 por concepto de auxilio de cesantías; $75.610 por concepto de intereses a la cesantía; $767.002 por concepto de prima de servicios; $383.501 por concepto de compensación en dinero por vacaciones. Además, condenó al accionado a pagar por concepto de indemnización moratoria la suma de $18.890 diarios desde el 28 de mayo de 2012 y hasta que se verifique el pago de los salarios y prestaciones adeudados.

Para llegar a tal determinación, la *a-quo* tuvo en cuenta las pruebas documentales aportadas, en concreto las nóminas de pago de la tienda deportiva Atlhetic, en las cuales se exhibe el NIT de la empresa, la cuales, además, aparecen firmadas por los trabajadores a quienes se les cancelaron esos rubros, entre los cuales se encuentra al demandante. Para la juzgadora, esas nóminas tienen validez probatoria, ya que no fueron tachadas de falsa, e informaron al Despacho los pagos de nómina del año 2012 recibidos por el accionante.

Por otra parte, el señor Aleisis Javier Herrera Zuluaga acudió a declarar, a instancias del curador del demandado, e informó al Despacho el lugar donde se prestaba el servicio, y manifestó que se desempeñaba como cortador, devengando $150.000 semanales, y que “de vez en cuando” los afiliaban a la seguridad social. Agregó igualmente que el contrato fue verbal y a término indefinido, y que renunció.

En adición a ello, la Jueza tuvo en cuenta las declaraciones rendidas por el señor Pedro Nel Cardona Román y la señora Myriam Cruz Zapata, ambos compañeros de trabajo del demandante, quienes afirmaron que el accionante prestó sus servicios a la empresa Athletic, realizando las funciones de cortador. En suma de lo anterior, la *a-quo* evidenció que se dieron los elementos constitutivos del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, el salario y la subordinación, por lo cual declaró la existencia del vínculo laboral entre las partes.

Ahora, frente a los extremos temporales de la relación laboral, señaló que aunque el demandante adujo en la demanda que empezó a laborar el 5 de junio de 2008, no logró demostrar que hubiera sido esa la fecha del hito inicial del contrato, pues la referencia más cercana a esa fecha fue dada por la señora MYRIAM CRUZ ZAPATA, quien manifestó que cuando había empezado a trabajar en la empresa, el 7 de diciembre de 2010, conoció al demandante, quien también trabajaba allí. Bajo tal presupuesto, la jueza estableció como fecha del hito inicial del contrato el 7 de diciembre de 2010.

En relación a la indemnización por despido sin justa causa, la Jueza expresó que cuando se alega un despido, el trabajador debe demostrar el mismo, y el empleador demostrar su justeza. Y que además, al momento de terminar el contrato, la parte interesada debe invocar las causales que lo llevan a terminarlo, sin que luego pueda exponer otras diferentes a su contraparte. Así las cosas, se encontró que el demandante en su declaración, se limitó a decir que renunció, sin presentar las razones que lo motivaron a tomar aquella decisión, y tampoco logró acreditar que haya presentado a su empleador, al momento de su retiro, las razones por las cuales tenía intención de terminar su contrato. Conforme a lo anterior, el Despacho encontró que no se logró probar el despido o lo que doctrinalmente se reconoce bajo el nombre de “despido indirecto”.

Por último, respecto a la indemnización por el no pago de prestaciones sociales, es claro que el señor Cruz Ramírez, a la fecha de terminación de la relación laboral, quedó adeudando al demandante varias sumas de dinero, por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, por lo que objetivamente es procedente acceder a la indemnización moratoria, sin que se pueda hablar de buena fe por parte del empleador, ya que ni siquiera compareció al proceso y se mostró apático y desidioso para afrontar los reclamos económicos del demandante. En consecuencia, se impuso al accionado la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales, en consideración a que no hizo nada para acreditar en el proceso la buena fe.

1. **Recurso de apelación**

El curador ad-litem expresó que no se encontraba de acuerdo con la indemnización que se debe pagar por lo que él denomina “salarios caídos”, argumentando que la buena fe se presume y que la mala fe debe probarse, lo cual no resultó probado en el proceso. Informó que el almacén Athletic tuvo que ser cerrado, ya que el señor Oscar Cruz Ramírez está en quiebra, y aduce que esa es una razón válida para presumir la buena fe del accionado, ya que no fue su voluntad suspender el pago de salarios. Por lo anterior, indicó que debe presumirse la buena fe.

1. **Consideraciones**

**4.1. Buena Fe e indemnización moratoria**

Ya sabemos que el artículo 65 del C.S.T. castiga al empleador que no paga oportunamente la liquidación final o que la liquida mal y queda debiéndole al trabajador alguna cantidad de dinero. Asimismo, es incuestionable que, en este tipo de asuntos, la buena fe debe probarse por quien la alega, no se presume, pues no aplica la pauta prevista en el artículo 83 de la constitución política, dado que la regla general inversa, es que todo acto prohibido por la ley, como retener los salarios y prestaciones del trabajador, se presume hecho con dolo o mala fe del empleador; pero como la presunción no equivale ni está por encima de la verdad, el agente podrá desvirtuarla probando lo contrario.

Así lo ha señalado de antaño esta Sala, recientemente en sentencia del 21 de noviembre de 2016 dentro del proceso radicado bajo el denominativo serial abreviado No. 2014-00586, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo.

Ahora bien, también se ha indicado en múltiples pronunciamientos de la Sala, que la quiebra del empresario o su falta de iliquidez en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues estos no están llamados a asumir los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que, como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

Así también lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“*Si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333) (34288 de enero 24 de 2012)*.”

**4.2 Caso concreto**

En el presente caso, encontramos que el señor ALEISIS Javier Herrera Zuluaga efectivamente trabajó en el local comercial de propiedad del señor Oscar Cruz Ramírez, llamado Athletic, realizando las funciones de cortador, y devengando un salario mínimo legal mensual vigente. Además, resultó probado que el accionado no canceló al actor las prestaciones sociales de los últimos dos años de servicio.

Por otra parte y conforme al precedente jurisprudencial, para esta Sala es congruente y adecuado lo expresado por la Jueza de primera instancia en relación con la indemnización moratoria, pues el demandado se mostró apático al reclamo de su trabajador y sin razón aparente se sustrajo del pago de los salarios y prestaciones sociales que le adeudaba al trabajador al finalizar el vínculo laboral, y de acuerdo a lo acreditado en el proceso, tampoco las debidas a otros trabajadores del local comercial de su propiedad, tal como fue expresado por los distintos declarantes.

De lo anterior, la Sala infiere que no se desvirtuó la presunción de mala fe por lo que procede la sanción. Además, en virtud de lo expuesto precedentemente, solo excepcionalmente la quiebra del empresario puede afectar de alguna manera la causación de la indemnización moratoria, excepción que no fue acreditada en este proceso.

Por estas breves razones no resulta viable exonerar al apelante del pago de la indemnización moratoria impuestas en primera instancia, pues de ninguna manera puede escudarse en sus problemas económicos para dejar de cumplir con sus obligaciones laborales.

Por lo anterior, este Despacho confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia por las razones expuestas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del **Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de mayo de 2015 por elJuzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ALEISIS Javier Cruz Ramírez** en contra de **Óscar Cruz Ramírez.**

**SEGUNDO.-** Sin lugar a condena en costas en este grado jurisdiccional.

**Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Aclara voto Impedido

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

Secretario Ad-Hoc