El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia : Sentencia del 12 de agosto de 2019

Radicación No. : 66001-31-05-002-2015-00101-01

Proceso : Ordinario Laboral de Primera Instancia

Demandante : Efraín Ospina Cardona

Demandado : Balcones Condominio P.H.

Juzgado : Juzgado Segundo Laboral del Circuito

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / INDEMNIZACIÓN MORATORIA / DEBE ANALIZARSE LA EVENTUAL BUENA FE DEL EMPLEADOR / ERRORES ARTMETICOS EN LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES AL TRABAJADOR / SANCIÓN POR LA FALTA DE CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS / NO SE GENERA SI EL PAGO SE HIZO DIRECTAMENTE AL TRABAJADOR / SUSTITUCIÓN PATRONAL / REQUISITOS PARA QUE OPERE.**

En lo que atañe a la indemnización moratoria, cabe resaltar que en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, no se acuña la expresión “buena fe” y en verdad no hay manera de colegir de su contenido que obrando de tal manera el empleador puede llegar a evitarse el pago de la sanción allí consagrada…

No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos ha indicado que esta indemnización solo es aplicable previo análisis de las razones del incumplimiento en el pago de salarios y la liquidación de prestaciones de un contrato laboral, pues según el alto tribunal, la condena a esta indemnización no puede ser automática, pues su naturaleza sancionatoria exige que esté precedida de un examen de la conducta del empleador, para determinar si actuó de buena o mala fe. (…)

En ese orden de ideas, de las pruebas practicadas en el proceso, debe emerger con toda claridad que el empleador actuó de buena fe y que en ningún momento pretendió saltarse las responsabilidades y obligaciones que pertenecen a la esfera del contrato de trabajo, pues no de otra manera podrá salir absuelto del pago de la mentada sanción por incumplimiento.

Conforme a lo anterior, en otros asuntos conocidos por esta Corporación, se ha indicado que es posible que al final de la relación laboral el empleador incurra en errores puramente aritméticos al momento de efectuar la liquidación del trabajador, lo cual prima facie es excusable bajo la premisa de que nadie es infalible…

(…) aunque ciertamente es cuestionable que el empleador haya incumplido la obligación legal de consignar a un Fondo Privado el monto total de las cesantías, pues como ya se subrayó, la mayor parte de esta prestación se la pagó directamente al trabajador, como se acredita con las liquidaciones antes reseñadas, con lo que incurrió en la expresa prohibición establecida en el artículo 254 del C.S.T., ello no puede derivar en la condena a la indemnización que se pretende, dado que no puede predicarse un comportamiento desprovisto de buena fe de quien en vez consignar paga directamente las cesantías al trabajador y además ningún perjuicio se le causó al trabajador por cuanto recibió el dinero de sus cesantías para provecho propio.

… la sustitución patronal, regulada en el artículo 67 del C.S.T., es un fenómeno jurídico en virtud del cual la parte contratante en un contrato de trabajo puede llegar a ser reemplazada por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que para que opere tal fenómeno, es menester que confluyan al unísono, sin excepción, tres (3) requisitos, como bien lo explicó la juzgadora de primera instancia, son ellos: 1) la presencia de un nuevo empleador en reemplazo del primero, 2) la continuidad de la empresa, y, 3) la continuidad en la ejecución de los contratos de trabajo.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

#### **SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_\_\_\_\_**

**(AGOSTO 12 de 2018)**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

En la fecha, siendo las…….., 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 el señor **EFRAÍN OSPINA CARDONA** en contra de **BALCONES CONDOMINIO P.H.**, quien a su vez llamó en garantía a las aseguradoras **PREVISORA S.A.** y **AIG SEGUROS COLOMBIA.** 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 interpuesto por la demandada y la llamada en garantía, PREVISORA S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Pereira el pasado 14 de junio de 2018.

**PROBLEMA JURÍDICO**

El problema esencial de este caso consiste en determinar si la demandada, en efecto, como alega, se encuentra al día del pago de las prestaciones sociales al actor, puntualmente de las cesantías y los aportes a seguridad social. Resuelto este punto, se deberá establecer si es viable mantener la condena al pago de las indemnizaciones moratorias impuestas en primera instancia y si operó en este asunto la sustitución patronal igualmente alegada por la demandada. Finalmente, se deberá establecer si la aseguradora apelante está llamada al pago de los emolumentos adeudados por la Propiedad Horizontal amparada.

**I - ANTECEDENTES**

Se asegura en la demanda que el señor **EFRAIN OSPINA CARDONA** suscribió, el 1º de enero de 2005, contrato individual de trabajo a término fijo con la demandada **PROPIEDAD HORIZONTAL BALCONES CONDOMINIO P.H.**, para desempeñarse como vigilante del condominio, y que se pactó como salario la suma mensual de $483.300, más recargos y horas extras, pagaderos quincenalmente.

Explica que el término inicial se convino en 60 días, que se renovó por 60 días más el 1º de marzo de 2005, y siguió renovándose por el mismo periodo hasta que se convirtió a un año; que el 1º de febrero de 2013, le expidieron constancia laboral en donde se indica que se encontraba trabajando en el conjunto como portero con un contrato desde el año 2005 y que el 13 de agosto de 2013, la empleadora le notificó la terminación de contrato en los siguientes términos*: “de acuerdo al contrato existente con usted, debemos informarle que el mismo vence el próximo 31 de octubre de 2013 y por tanto le daremos la debida terminación, fecha en la cual le entregaremos su respectiva liquidación”,* pese a esto, el contrato en realidad finalizó el 20 de agosto de 2013, sin que mediara justificación alguna.

A juicio del demandante, debió dársele preaviso a más tardar el 1º de agosto de 2013, y habiéndose dado en forma extemporánea, conforme a los lineamientos de la legislación laboral, se le debe pagar la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo.

Señala, además, que durante el transcurso de la relación laboral el empleador omitió sus obligaciones patronales, como son el pago de prestaciones sociales, el pago de obligaciones parafiscales, tales como aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión y nunca depositó en un fondo de pensiones y cesantías las cesantías de correspondientes a los años 2005 al 2012.

Agrega que la empresa no le pagó los aportes de seguridad social en pensiones del 1º de enero de 2005 al 31 de agosto de 2005, del 1º de octubre de 2005 al 31 de diciembre de 2005, del 1º de enero de 2006 al 30 de septiembre de 2006, del 1º de noviembre de 2006 al 31 de diciembre de 2006, del 1º de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2007, del 1º de enero de 2008 al 31 de mayo de 2008, del 1º diciembre de 2008 al 31 de diciembre de 2008, del 1º de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009, del 1º de junio de 2010 al 31 de octubre de 2010, del 1º de diciembre de 2010 al 31 de diciembre de 2010, a pesar de que se le hicieron los respectivos descuentos. Afirma finalmente, que la empleadora efectuó la liquidación de las prestaciones sociales al finalizar la relación contractual y se tomó como salario base de liquidación la suma $962.000.

Con sustento en lo anterior, reclama el pago de la indemnización por despido injusto, por la suma de $11.865.267, lo mismo que el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, respecto de cada uno de los periodos de cotización no pagados, lo mismo que a la liquidación y pago de las cesantías e intereses a las cesantías de los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013, la indemnización moratoria de que trata el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la falta de consignación de las cesantías y la indemnización por falta de pago de sus prestaciones, de acuerdo a lo previsto en el artículo 65 del C.S.T.

En **respuesta** a la demanda, el condominio demandado aclara que el día 13 de agosto de 2013 efectivamente se le notificó una carta al accionante en la que se le indicó que su contrato terminaba el 31 de octubre de 2013, fecha en la que sería liquidado en debida forma pero, simultáneamente, se estaba programando una asamblea de propietarios, cuyo objeto era contratar con la Empresa Seguridad ATLAS LTDA, el servicio de seguridad y cumplir con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 2187 de 2001, de modo que el contrato no fue terminado el día 20 de agosto de 2013, como lo afirma el accionante, pues en su lugar se realizó una sustitución patronal con la empresa de seguridad ATLAS LTDA, en cumplimiento del deber legal. Agrega que mal hace el accionante en desconocer que su vinculación en ningún momento tuvo interrupción, pues operó la figura de la sustitución patronal, pasando de estar al servicio de BALCONES CONDOMINIO – PROPIEDAD HORIZONTAL al de la Empresa de Seguridad ATLAS LTDA., tal como lo ordena el artículo 2º del Decreto 2187 de 2001, teniendo en cuenta que sus funciones eran las de vigilante.

Asegura igualmente, que canceló los valores correspondientes a cesantías, conforme se prueba con las respectivas planillas de pago que anexan como pruebas con la contestación a la demanda, lo mismo que los aportes pensionales reclamados.

Indica que luego de celebrar los contratos necesarios para tal fin, inició con la prestación del servicio de vigilancia con los mismos trabajadores, a través de la empresa ATLAS LTDA., misma que actualmente presta el servicio en Balcones y a la cual se encuentran vinculados tanto el señor EFRAIN OSPINA como los demás compañeros que prestaban junto a él el servicio de vigilancia, sin que por ello se menoscabara derecho alguno a estos trabajadores; fue así como para el día 21/08/2013, el señor EFRAIN OSPINA suscribió contrato individual de (W) por la duración de obra o labor determinada para guardas o vigilantes, escoltas, supervisores u operadores de medios tecnológicos con la empresa SEGURIDAD ATLAS LTDA., quien es su empleadora desde entonces.

Consecuencia de lo anterior, se opone a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que el contrato no finalizó el día 20 de agosto de 2013, debido a una sustitución patronal que le había sido notificada al accionante en debida forma, teniendo en cuenta que la contratación de personas naturales que prestaran servicios de vigilancia de conformidad con lo reglado por el inciso final del artículo 2º del Decreto 2187 de 2001, debía hacerse a través de un servicio de vigilancia y seguridad privada, misma que fue realizada con el nuevo empleador, ATLAS LTDA. En consecuencia, propuso como excepciones las denominadas pago, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, sustitución patronal, prescripción, compensación, buena fe, aplicación del principio de primacía de la realidad a favor del empleador y la innominada.

La demandada igualmente llamó en garantía a la empresa **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.**, señalando que el 26 de agosto de 2014 suscribió contrato de seguros con esta aseguradora para amparar diferentes daños, entre ellos, para el amparo de responsabilidad por prácticas laborales, la cual empezó a regir el día 26 de agosto de 2014, y cuya vigencia de un año expiró el 25 de agosto de 2015, prorrogándose hasta el 25 de agosto de 2016, de modo que, como quiera que la amparada fue notificada de la demanda el 24 de agosto de 2015 por hechos ocurridos el 13 de agosto de 2013, es evidente que la notificación del siniestro se dio en vigencia de la citada póliza, por lo que es la aseguradora quien debe salir a responder por la eventual condena.

Igualmente llamó en garantía a la empresa **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, bajo el mismo argumento del otro llamamiento, pero por una póliza cuya vigencia data del 18 de julio de 2013 y el mismo día y mes de 2014, en razón de lo cual, teniendo en cuenta que el hecho antes mencionado ocurrió encontrándose en vigencia la póliza, considera que la llamada en garantía debe responder. (Fl. 328).

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La *a-quo* concluyó del estudio de las pruebas documentales arrimadas al proceso, que el empleador tenía la costumbre de cancelar una parte de las cesantías anuales al trabajador y consignar el saldo restante en un fondo de pensiones cada año. Advirtió, además, que efectuado el cálculo de las cesantías, el resultado arroja una diferencia favorable al trabajador que asciende a la suma de $250.760, condenando a su pago. A propósito de lo anterior, concluyó que dicha diferencia se debe a que el empleador no tuvo en cuenta en la liquidación de las cesantías el periodo correspondiente a vacaciones, excluyendo estos 15 días anuales de la liquidación, en razón de lo cual surge un saldo insoluto a favor del demandante.

Frente a la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, expresó que el empleador no había hecho ningún esfuerzo probatorio por acreditar la buena fe requerida para exonerarse de dicha condena, así que resultaba imperativo imponer el pago de la respectiva sanción, pues no se advierte una explicación loable que justifique el pago y consignación incompleta de la citada prestación, consecuencia de lo cual declaró que la sanción, consistente en un día de salario por día de retardo en la consignación completa de las cesantías, correría entre el 15 de febrero de 2012 y la fecha de terminación del contrato, esto es, el 20 de agosto de 2013, como quiera que las demás obligaciones de consignación se encuentran afectadas por la prescripción, dado que la demanda fue presentada el 20 de febrero de 2015, lo cual suma $5.307.199 pesos.

Asimismo, condenó al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., al considerar que el saldo insoluto de cesantías genera esta obligación, pues no se halló ninguna razón para que a estas alturas la empleadora todavía no se haya puesto al día del pago de las cesantías, de modo que concretó la condena en la suma de $21.395.520, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones, por un término de 24 meses, desde el día siguiente a la terminación del contrato de trabajo, esto es, desde el 21 de agosto de 2013 y el 21 de agosto de 2015, fecha desde la cual deberá cancelar intereses de mora a la tasa máxima prevista para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, calculados sobre el importe de las prestaciones adeudadas al trabajador.

En cuanto a la indemnización por despido injusto, afirma la *a-quo* que en el presente asunto NO operó una sustitución patronal como se señala en la contestación a la demandada, pues no se verificó el cumplimiento del requisito de la *“conservación de la identidad del establecimiento de comercio u objeto de explotación económica”*, pues si bien el actor continuó prestando servicios de seguridad, dejó de prestarlos en su habitual puesto de trabajo para empezar a hacerlo con MEGABUS S.A., a través de la empresa de seguridad “ATLAS SEGURIDAD PRIVADA LTDA”, de acuerdo a las condiciones ya de un nuevo contrato de trabajo, en razón de lo cual condenó al pago de las suma de $10.995.166, teniendo en cuenta que el preaviso de no renovación del contrato debió entregársele a más tardar el 1º de agosto de 2013, en consecuencia se entiende renovado el contrato desde el 1º de septiembre de ese año y por un año más, para efectos del cálculo de la respectiva indemnización, conforme a lo previsto en el artículo 64 del C.S.T.

**III - RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión presenta recurso de apelación la demandada y la llamada en garantía, PREVISORA S.A. Indica la empleadora que Balcones Condominio no omitió ninguna de sus obligaciones, por el contrario dio cabal cumplimiento conforme a la respectiva norma, situación que se verifica con las planillas efectuadas por el extremo pasivo. En cuanto a las indemnizaciones, considera que se contrarió el precedente establecido por la C.S. de J., en el que se precisó como requisito para acceder a cualquier indemnización moratoria probar la mala fe del empleador, situación que no ocurrió en el presente asunto, toda vez que quedó ampliamente comprobado que la demandada siempre actuó de buena fe y cumplió a cabalidad las obligaciones que como empleador le corresponde, sin tratar nunca de aprovecharse del trabajador, sino por el contrario, tratando siempre de favorecerlo. Anota que lastimosamente en el fallo atacado no se presentaron argumentos que permitieran entender por qué se accedió a la condena y se concluyó que buena fe no quedó demostrada. Con respecto al despido injusto, manifestó que se mantiene en la posición de que sí debe declararse una sustitución patronal, pues no hubo solución de continuidad entre la fecha que el actor dejó de prestar sus servicios directamente al condominio y el momento que se vinculó a través de la empresa de seguridad, lo cual demuestra que la demandada nunca ha actuado en contra de los intereses de sus trabajadores.

De otra parte, presentó recurso de apelación la aseguradora PREVISORA S.A., indicando, en cuanto a las pretensiones que salieron avante, que BALCONES sí cumplió con todas sus obligaciones laborales y si quedó algún pequeño saldo pendiente por un error de cálculo en las cesantías, eso no revela un comportamiento de mala fe por parte del empleador. Señaló igualmente, que sí hubo una sustitución patronal que fue reconocida incluso por el mismo demandante, quien continuó prestando labores de vigilancia con cargo a Seguridad Atlas, que asumió a partir de ese momento todo la carga prestacional de los vigilantes del condominio, incluido el demandante.

Respecto al llamamiento en garantía, señaló la aseguradora que según el contrato de seguros al que se alude en el fallo, si bien la vigencia sí está enmarcada dentro de los hechos de la demanda, la reclamación se presentó en fecha posterior, y no se tuvo en cuenta que en la hoja anexo No. 1 de la cobertura, se consagró el principio de presentación de reclamación “Glains Mean”, que traduce “reclamación hecha”, según el cual no se ofrece cobertura para esa reclamación, ya que acá está acreditado que la reclamación hecha por el demandante la hizo el 20 de febrero de 2015, luego se admitió y dio traslado de la demanda el 10 de agosto de 2015, y fue notificado el 24 del mismo mes y año, por lo tanto era con la vigencia del seguro que tuviera balcones vigente para esa fecha que debió cubrirse la contingencia, si es que la tenía.

Pero aún más importante que eso, agregó, se deben tener en cuenta las condiciones especiales y generales del contrato, puntualmente la condición 1.5., según la cual *“no constituye reclamación de carácter laboral bajo la presente póliza las que tenga por objeto el reconocimiento de salarios, prestaciones, indemnizaciones y demás retribuciones o compensaciones de carácter económico, emanadas de un contrato”,* de modo que la condena que aquí se le impuso a la demandada se encuentra expresamente excluida del objeto de la póliza.

**IV – CONSIDERACIONES**

De acuerdo al análisis de la copiosa prueba documental aportada con el escrito de contestación a la demanda, correspondiente, específicamente, a la liquidación anual de las prestaciones sociales al demandante (Fls. 129-174), las cuales, dicho sea de paso, se registran firmadas por el trabajador, y no han sido tachadas de falsas, se puede constatar que a este se le canceló en cada período el monto correspondiente a sus cesantías: se le pagaba una parte directamente a él, entre los meses de agosto y octubre de cada año, y el saldo restante se consignaba a principios del año siguiente en el **Fondo de PENSIONES Y Cesantías Porvenir S.A.**, al que se encontraba vinculado, así:

Recordemos que el trabajador ingresó a laborar el 1º de enero de **2005**. Pues bien, se pudo constatar que el primer pago por cesantías e intereses a las cesantías lo recibió el 30 de agosto de 2005, por el periodo transcurrido entre la fecha de inicio del contrato y esta última fecha (240 días), con un salario promedio de $527.800, recibiendo por este concepto la suma de 351.867 (Fl. 127). A partir de aquella fecha, las cesantías, intereses a las cesantías, prima y vacaciones, se le continuaron liquidando y pagando directamente al trabajador en el segundo semestre de cada año, y, al inicio del siguiente, se le consignaba otra tanto al Fondo de Cesantías Porvenir S.A., por concepto de cesantías. Por este concepto se efectuaron los siguientes pagos, en resumen, como ya se dijo, directamente al trabajador o consignados en un fondo de cesantías, así:

**En 2006**: $426.359 pesos, correspondientes al periodo transcurrido entre el 1º de enero de 2006 al 30 de agosto del mismo año, pues las causadas entre el 1º de septiembre y el 31 de diciembre de 2005, según constancia de pago firmada por el mismo demandante (Fl. 128), se consignaron al fondo. Cabe anotar que en la liquidación se establece que el salario promedio de ese año ascendió a $639.538.

**En 2007**: $453.667, correspondiente al periodo transcurrido entre el 1º de enero y el 30 de agosto de 2007. Además, se consignó en el fondo de cesantías lo correspondiente al segundo semestre de 2006, según se indica en la liquidación, en la que también se precisa que el salario promedio del año fue de $680.500 (Fl. 129).

Las cesantías correspondientes al periodo transcurrido entre el 1º de enero y el 15 de septiembre de **2008** (255 días), se le pagaron al trabajador el 15 de septiembre de 2008, por valor de $533.021, con un salario promedio de $752.500, y se consignaron las correspondientes al segundo semestre de 2007.

**En 2009**, con un salario promedio de $811.200, se canceló al demandante la suma de $574.600, por concepto de las cesantías causadas entre el 16 de septiembre de 2008 y el 15 de septiembre de 2009. En la liquidación se deja una nota del siguiente tenor: *“las prestaciones del año 2008 están en el fondo de pensiones PORVENIR (Fl. 131).*

**En 2010**, con un salario promedio de 840.782, se cancela al demandante la suma de $595.553, por lo corrido entre el 1º de enero y el 16 de septiembre de ese año, y se deja en su liquidación una nota idéntica a la registrada en la liquidación de 2009, solo cambia el año.

Lo mismo ocurre en las liquidaciones del **2011**, cuando se le paga al demandante $655.539, correspondiente a lo transcurrido entre el 1º de octubre de 2010 y el 30 de septiembre de 2011, un salario promedio de $874.052, y se deja constancia de que se consignó a un fondo de cesantías *“las prestaciones de 2010”*.

Lo mismo en **2012** y **2013**, cuando se le paga directamente al trabajador las cesantías correspondientes al periodo transcurrido entre el 15 de octubre de 2011 y el 15 de octubre de 2012, con una salario promedio de $923.800 (Fl. 134), y entre el 16 de octubre de 2012 y el 20 de agosto de 2013 (Fl. 174), con un salario promedio de $962.000, recibiendo por ese concepto el pago de $614.611, y se deja nota en el sentido de que las causadas entre el 1º de octubre y el 31 de diciembre de 2011, fueron consignadas en el Fondo de Cesantías Porvenir S.A. (Fl. 134).

Cabe advertir que en efecto obra en el plenario prueba de las siguientes consignaciones al Fondo de Cesantías PORVENIR: en 2006, $155.407; $186.531 en 2007; $198.479 en 2008; $188.125 en 2009; $202.800 en 2010 y $210.195 en 2011 $182.094 y en 2012 $153.833.

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **SALARIO PROMEDIO** | **Pago directo** | **Monto** | **Consignado** | **Monto** | **TOTAL** | **DIFERENCIA** |
| Desde  | Hasta | Desde | Hasta |
| 2005 | $527.800 | 1º/01/05 | 30/08/05 | $351.867 | 1º/09/05 | 31/12/05 | $155.407 | **$507.274** | $20.526 |
| 2006 | $639.538 | 1º/09/05 | 30/08/06 | $426.359 | 1º/09/06 | 31/12/06 | $186.531 | **$612.890** | $26.648 |
| 2007 | $680.500 | 1ª/01/07 | 30/08/07 | $453.300 | 1º/09/07 | 31/12/07 | $198.479 | **$651.779** | $28.721 |
| 2008 | $752.500 | 1º/01/08 | 15/09/08 | $533.021 | 16/09/08 | 31/12/08 | $188.125 | **$721.146** | $31.354 |
| 2009 | $811.200 | 16/09/08 | 15/09/09 | $574.600 | 16/09/09 | 31/12/09 | $202.800 | **$777.400** | $33.800 |
| 2010 | $840.782 | 1º/01/10 | 16/09/10 | $595.553 | 17/09/10 | 31/12/10 | $210.195 | **$805.748** | $35.034 |
| 2011 | $874.052 | 1º/10/10 | 16/09/11 | $655.539 | 16/10/11 | 31/12/11 | $182.094 | **$837.633** | $36.419 |
| 2012 | $923.800 | 15/10/11 | 15/10/12 | $731.342 | 1º/11/12 | 31/12/12 | $153.833 | **$885.175** | $38.625 |
| 2013 | $962.000 | 1º/01/13 | 20/08/13 | $614.611 | N/A | **$694.777** | $80.166 |
| **TOTAL DIFERENCIA** | $331.697 |

Como síntesis del anterior recuento, se tiene que en cada periodo liquidado quedaba un pequeño saldo insoluto a favor del trabajador por concepto de cesantías, el cual no superó en ningún caso la suma de $40.000 pesos, por lo que al final de la relación laboral, el empleador acumulaba una deuda de $325.697 con su trabajador. De modo que lo adeudado por ese concepto al actor es un poco superior a lo calculado en 1º instancia. Sin embargo, como este punto no fue un punto objeto de apelación, se mantiene la condena por este concepto en la suma de $250.760 pesos, y se descarta el punto de la apelación de la demandada y la llamada en garantía referido al pago total de la obligación, pues ciertamente al final de la relación laboral quedó insoluto un saldo por concepto de cesantías cuyo importe no ha sido cancelado a la fecha.

Se advierte igualmente, respecto al pago de los periodos de cotización en mora del empleador, que la *a-quo*, pese a que tuvo en sus manos la historia laboral del actor (fl. 27-31 y 34), los desprendible de pago de aportes pensionales aportados por el empleador (Fl. 207-252) y las certificaciones de pago de aportes a la seguridad social expedida por ASOPAGOS S.A. (253-275), omitió resolver de fondo la citada pretensión, frente a la cual se limitó a ordenar *“el pago de los aportes que no se hubiesen pagado entre el 1º de enero de 2005 y el 20 de agosto de 2013”.*

Pues bien, si la *a-quo* hubiese revisado la prueba documental antes relacionada, fácilmente habría descubierto que ningún aporte a seguridad social se adeuda al actor por el tiempo que laboró para BALCONES CONDOMINIO P.H., pues existe prueba de su pago mensual y cumplido, y aunque esto no se refleje fielmente en su historia laboral, ello se debe a que se efectuaron pagos a administradoras de fondos de pensiones a las que no estaba vinculado el actor, como a Colfondos y Colpensiones, lo cual se soluciona fácilmente con un cruce de cuentas entre dichas administradoras y PORVENIR S.A., aspecto en el que no tiene incidencia el empleador y que no tiene por qué afectar el conteo de semanas ni el monto de la cuenta de ahorro individual del demandante, en razón de lo cual se revocará el numeral séptimo de la sentencia objeto de recurso de apelación.

En lo que atañe a la indemnización moratoria, cabe resaltar que en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990[[1]](#footnote-1), no se acuña la expresión “buena fe” y en verdad no hay manera de colegir de su contenido que obrando de tal manera el empleador puede llegar a evitarse el pago de la sanción allí consagrada, la cual busca compensar los perjuicios causados con la morosidad de salarios y prestaciones sociales a los trabajadores.

No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos ha indicado que esta indemnización solo es aplicable previo análisis de las razones del incumplimiento en el pago de salarios y la liquidación de prestaciones de un contrato laboral, pues según el alto tribunal, **la condena a esta indemnización no puede ser automática, pues su naturaleza sancionatoria exige que esté precedida de un examen de la conducta del empleador**, para determinar si actuó de buena o mala fe.

Dicha buena fe alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexo, entienda plausiblemente que no estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir, que sus argumentos para no haber pagado suenen valederos[[2]](#footnote-2).

En ese orden de ideas, de las pruebas practicadas en el proceso, debe emerger con toda claridad que el empleador actuó de buena fe y que en ningún momento pretendió saltarse las responsabilidades y obligaciones que pertenecen a la esfera del contrato de trabajo, pues no de otra manera podrá salir absuelto del pago de la mentada sanción por incumplimiento.

Conforme a lo anterior, en otros asuntos conocidos por esta Corporación, se ha indicado que es posible que al final de la relación laboral el empleador incurra en errores puramente aritméticos al momento de efectuar la liquidación del trabajador, lo cual *prima facie* es excusable bajo la premisa de que nadie es infalible; pero cuando este error es de una magnitud significativa y además tiene como protagonista a alguien con vastos conocimientos financieros, contables o jurídicos, tal error se torna inexcusable y, por tanto, sancionable, al margen de si hubo o no ánimo defraudatorio por parte del deudor.

Bajo las anteriores premisas, considera esta Sala que aunque evidentemente hubo errores aritméticos del empleador a la hora de liquidar las cesantías al demandante, estos no fueron lo suficientemente significativos como para acceder a la indemnización moratoria reclamada, pues nótese que la suma definitiva de las cesantías que se le debieron pagar al actor a lo largo de su relación laboral con el condominio, ascendía a la suma de $6.493.822, y se le canceló por ese concepto la suma de $6.168.125, quedando un mínima diferencia a favor del demandante, que, como atrás se indicó, asciende a tan solo $325.697 pesos, esto es, para decirlo de otra manera, no más del 5% del monto total que se debía pagar. Además se desprende del contenido de las liquidaciones antes reseñadas, que el actor era liquidado antes del periodo vacacional de cada año y el empleador aparentemente no computaba en la liquidación de las cesantías aquellos días en que el trabajador disfrutaba las vacaciones y es por eso el resultado de sus operaciones son deficitarias en perjuicio del trabajador, pero en una cuantía que no merece una condena de la gravedad y el monto de la perseguida en este caso.

Ahora bien, aunque ciertamente es cuestionable que el empleador haya incumplido la obligación legal de consignar a un Fondo Privado el monto total de las cesantías, pues como ya se subrayó, la mayor parte de esta prestación se la pagó directamente al trabajador, como se acredita con las liquidaciones antes reseñadas, con lo que incurrió en la expresa prohibición establecida en el artículo 254 del C.S.T., ello no puede derivar en la condena a la indemnización que se pretende, dado que no puede predicarse un comportamiento desprovisto de buena fe de quien en vez consignar paga directamente las cesantías al trabajador y además ningún perjuicio se le causó al trabajador por cuanto recibió el dinero de sus cesantías para provecho propio.

 Dadas las anteriores razones, se exonerará en esta instancia del pago de las indemnizaciones moratorias de que tratan los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50/91.

Y en lo que atañe a la indemnización por despido injusto, cabe recordar que la sustitución patronal, regulada en el artículo 67 del C.S.T., es un fenómeno jurídico en virtud del cual la parte contratante en un contrato de trabajo puede llegar a ser reemplazada por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que para que opere tal fenómeno, es menester que confluyan al unísono, sin excepción, tres (3) requisitos, como bien lo explicó la juzgadora de primera instancia, son ellos: 1) la presencia de un nuevo empleador en reemplazo del primero, 2) la continuidad de la empresa, y 3) la continuidad en la ejecución de los contratos de trabajo.

De acuerdo a lo anterior, es evidente que el cambio de empleador implicó para el demandante una significativa modificación de las condiciones de su contrato inicial, pues como se acreditó en primera instancia, fue trasladado de puesto de trabajo, de modo que no siguió prestando el servicio de vigilancia en el condominio demandado, sino en otro lugar y para otro cliente de su nuevo empleador. En estas condiciones, no puede hablarse de la continuidad o permanencia de la empresa, pues aunque la persona jurídica subsistió más allá de la fecha de terminación del contrato al actor, es evidente que este último no siguió prestando sus servicios para ella sino para otra persona.

De acuerdo a lo anterior, como quiera que no operó el fenómeno de sustitución patronal en este caso, se confirmará la condena al pago de la indemnización moratoria, pues la suscripción de un nuevo contrato entre el actor y la empresa ATLAS SEGURIDAD, antecedida de la entrega de la carta de despido o aviso de no prórroga por parte de la P.H. demandada, conlleva la solución de continuidad del contrato entre el actor y esta última y el inicio de un nuevo contrato con un tercero con quien no operó la sustitución patronal.

Finalmente, en lo que atañe a la apelación propuesta por la llamada en garantía, se accede a revocar la sentencia en su contra, como quiera que es cierto que en la póliza se excluye expresamente las reclamaciones de carácter laboral relacionadas con salarios, prestaciones, indemnizaciones y demás retribuciones, por lo que puede afirmarse que la cobertura se reducía a accidentes de trabajo o daños causados por los trabajadores como agentes del condominio.

De acuerdo a lo anterior, revocarán las condenas al pago de las indemnizaciones moratorias y los aportes pensionales, y se exonerará de toda condena a la llamada en garantía, lo que implica revocar los numerales TERCERO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO y DÉCIMO, y la modificación del numeral DECIMO SEGUNDO, en el sentido de absolver del pago de costas procesales de primera instancia a la PREVISORA S.A. y condenar al pago de las mismas a favor de esta última y a cargo de la demandada, dada la improsperidad de las pretensiones del llamamiento. Sin costas en esta instancia, como quiera que prosperó de manera parcial el recurso impetrado por la demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: REVOCAR** los numeralesTERCERO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO y DÉCIMO del fallo de primera instancia, conforme a lo señalado en la parte motiva de la presente decisión, y en su defecto absolver a la demandada del pago de las indemnizaciones moratorias y los aportes pensionales que le habían sido impuestos en primera instancia. Asimismo absolver de todas las pretensiones a la llamada en garantíaPREVISORA S.A.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral DÉCIMO SEGUNDO en el sentido de disminuir el monto de las costas procesales de primera instancia al 50% y excluir de su pago a la llamada en garantía PREVISORA S.A.

**TERCERO: CONDENAR** en costas procesales de primera instancia a la demandada y a favor de la llamada en garantía PREVISORA S.A., habida cuentade que no prosperaron las pretensiones del llamamiento.

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS**

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

1. Que consagra una sanción similar a la del artículo 65 del C.S.T. ante la falta de consignación de las cesantías. [↑](#footnote-ref-1)
2. Como ejemplo prototípico de buena fe, en la jurisprudencia de la Corte Suprema casi siempre aparece como protagonista el patrono que, estando convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la [relación laboral](http://www.gerencie.com/relacion-laboral.html) ofrecía dudas respecto a las características externas de dependencia y subordinación, razonablemente consideró que no le adeudaba emolumento laboral alguno al contratista que a la postre demuestra la existencia del contrato de trabajo. También se hace común la exoneración en los casos en que se ha dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional. Ahora bien, la buena fe se acredita demostrando no solo la conciencia de haber actuado correctamente sino también la presencia de un comportamiento encaminado a verificar la regularidad y el cuidado de la situación, pues no cualquier error es excusable, máxime cuando este afecta gravemente los ingresos del trabajador que pierde su trabajo y que, por consiguiente, requiere de los recursos provenientes de su liquidación para enfrentar la condición cesante. Y aunque no es lo mismo equivocarse honradamente que causar un daño de manera deliberada, la culpa lata (es decir, aquella que deviene de la negligencia o falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones del agente) es más justificable cuando proviene de un lego que de un especialista, pues este último generalmente se equivoca no por ausencia de conocimiento sino por falta de diligencia y cuidado. [↑](#footnote-ref-2)