Providencia: Sentencia del 22 de abril de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-05-001-2009-00164-01

Proceso: Ordinario Laboral (sistema escritural)

Demandante: Yenny Carolina Vélez Noreña y otra

Demandado: Amilbia Galvis Castaño

Juzgado de origen: Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA/ Opera frente al contratante dueño o beneficiario de la obra que ejecute ordinariamente funciones iguales a las que adelanta el trabajador vinculado por medio de un contratista independiente

“La conclusión que extrajo el juzgador de primer grado de la situación descrita, según la cual se presenta la solidaridad que se predica de la institución del contratista independiente, prevista en el artículo 34 del C.S.T., en razón a que se acreditó que la prestación del servicio de educación no es una actividad ajena o extraña a las normalmente desarrollas por el ente local y las sociedades beneficiarias de la prestación de los servicios prestados por las demandantes en favor de MARÍA AMILBIA GALVIS, no encuentra reproche en esta instancia (…)”

“(…) el concesionario era quien tenía a su cargo el deber de prestar los servicios contratados por el municipio, pero decidió subcontratar dichas tareas con la señora MARIA AMILBIA GALVIS, quien a través de su establecimiento educativo, Instituto Pedagógico Harvard, prestó el servicio educativo a los niños y niñas sujetos del concesionado servicio educativo.”

INDEMNIZACIÓN MORATORIA/ Ignorancia respecto al régimen salarial docente por parte de quienes se encuentran en el entorno educativo, no configura buena fe que exima del pago de la indemnización

“(…) se impone la conclusión de que a la demandante le pagaron mucho menos de lo que corresponde a su categoría dentro del escalafón, lo cual no resulta excusable, dado que el régimen salarial docente es de orden público y no parece lógico que la señora MARÍA AMILBIA GALVIS, siendo propietaria de un plantel educativo, desconociera las normas básicas que atañen directamente al funcionamiento del modelo educativo nacional.

(…) en punto de las actividades desplegadas por la administración y por instituciones educativas inscritas ante el Ministerio de Educación, no es admisible presumir la ignorancia de la aludida norma, puesto que como lo dijo la apelante, el conocimiento de este tipo de entes es especializado. Luego entonces no puede presumirse buena fe del empleador al contratar un docente con un salario inferior al que la Ley establece como mínimo. Si este argumento se aceptara, tendría como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que sería el demandante quien tendría que acreditar el saber del empleador cuando quien está en cabeza de ella ejerce precisamente el oficio que corresponde al objeto del contrato o acuerdo. En todo caso, por último, si se aceptara la hipótesis de la impericia del empleador según quién sea su representante legal, tal afirmación debe estar probada y no ser una presunción que lo exonere del reproche judicial.”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencias 35864 de 1 marzo del 2011, 17573 de 12 de junio de 2002 y 23987 de 16 de marzo de 2005.

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

#### **SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(22 de abril de 2016)**

##### Sistema escritural - Audiencia de juzgamiento

Siendo la 1:15 p.m. de hoy, viernes 22 de abril de 2016, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **YENNY CAROLINA VELEZ NOREÑA** y **PAOLA** **ANDREA GÓMEZ GALLEGO** en contra de **AMILBIA GALVIS CASTAÑO,** el **MUNICIPIO DE DOSQUEBRAS (RISARALDA)** y las corporaciones, **CORPORACIÓN EMPRESARIAL NACE S.A.** y la **CORPORACIÓN EDUCATIVA PARA LA TECNOLOGÍA Y EL TRABAJO “LICEO PORVENIR”, -** estas dos últimas las cuales conforman la **UNIÓN TEMPORAL -U.T.- PROYECTAMOS COLOMBIA -**

**SENTENCIA**

 Como quiera que en los alegatos de conclusión presentados por la demandante se reproduce exactamente el argumento central de la alzada, procede la Sala a resolver las apelaciones presentadas por la demandante, **YENNY CAROLINA VELEZ NOREÑA,** y por los demandados **CORPORACIÓN EMPRESARIAL NACE S.A.** y **MUNICIPIO DE DOSQUEBRAS (RISARALDA)** en contra de la sentencia del 31 julio de 2015, proferida por el **JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE DOSQUEBRADAS –RISARALDA-**.

**PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER**

 Por el esquema del recurso de apelación, corresponde a esta instancia analizar, de acuerdo a los hechos demostrados:

 1) ¿se dan los presupuestos necesarios para declarar solidariamente responsables de las deudas laborales de la señora **AMILBIA GALVIS CASTAÑO** a las demás codemandadas?,

 2) en el específico caso de **YENNY CAROLINA VELEZ NOREÑA** ¿existen razones plausibles para exonerar del pago de la indemnización moratoria a los codemandados)?

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

Persiguen las precitadas demandantes, al amparo del artículo 197 de la Ley 115 de 1994 -*que señala que los docentes del sector privado escalafonados y/o titulados deben devengar, como mínimo, igual remuneración a la de los docentes del sector oficial*-, el pago de la diferencia entre el salario que percibieron y el que corresponde a un docente del sector oficial, según su correspondiente título y/o escalafón, por todo el tiempo que dictaron clases en el **INSTITUTO PEDAGÓGICO HARVARD** (establecimiento de comercio), propiedad de la codemandada **AMILBIA GALVIS CASTAÑO**, quien, a su vez, el 5 de febrero 2007, celebró contrato de prestación de servicios, tal como consta en el plenario (Fl. 106-111), con la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTAMOS COLOMBIA** -formada por la **CORPORACIÓN EMPRESARIAL NACE S.A.** y la **CORPORACIÓN EDUCATIVA PARA LA TECNOLOGÍA Y EL TRABAJO “LICEO PORVENIR”**-, U.T. (Unión Temporal) a la cual el **MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS (RISARALDA)**, tras el debido agotamiento del respectivo proceso licitatorio, le adjudicó el contrato de concesión No. 215 del 18 de septiembre de 2006 (Fl. 76-105), por medio del cual las corporaciones, agrupadas en la Unión Temporal PROYECTAMOS S.A., se comprometieron a garantizar la *“prestación el servicio educativo formal en los niveles preescolar, básica primaria, básica secundaria y media, en el inmueble diseñado, construido y dotado por el concesionario, entre los años 2007 y 2019, atendiendo anualmente a 3.000 alumnos”*.

 Sumado a la anterior pretensión, ambas demandantes pretenden el pago de la indemnización por despido injusto, la cancelación de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones; lo mismo que el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Y en lo que corresponde al preciso caso de YENNY CAROLINA VELEZ NOREÑA, además de las enumeradas pretensiones comunes, el pago de la indemnización por haber sido despedida en estado de embarazo.

 Por último, invocando el artículo 34 del C.S.T., que regula lo atinente a la solidaridad de los beneficiarios de la obra o labor contratada, solicita que las personas jurídicas que integran la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTAMOS COLOMBIA,** lo mismo que el **MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS (RISARALDA),** sean obligados a responder solidariamente por las condenas que la justicia le imponga a la señora **AMILBIA GALVIS CASTAÑO.**

La codemandada **AMILBIA GALVIS CASTAÑO,** al contestar la demanda reconoció que **YENNY CAROLINA VELEZ NOREÑA** prestó sus servicios como profesora en el **INSTITUTO PEDAGÓGICO HARVARD**, entre el 5 de febrero y el 15 de junio de 2007; que recibió como remuneración por sus servicios la suma mensual de $350.000, y que el contrato de trabajo finalizó por vencimiento del plazo pactado.

En relación a los hechos que guardan directa relación con **PAULA ANDREA GÓMEZ GALLEGO**, manifestó que ninguno de ellos le constaba, por ello, se sometía a lo que la demandante lograra demostrar en el trámite del proceso. Asimismo, aceptó que celebró contrato de prestación de servicios educativos con la U.T. concesionaria de la prestación del servicio educativo formal en el municipio de Dosquebradas (Risaralda) en el año 2007, conforme comprueba con la copia del respectivo contrato.

 Por su parte, el **MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS** aceptó como ciertos los hechos relacionados con la celebración y objeto del contrato de concesión educativa No. 215 del 18 de septiembre de 2006, y manifestó que ninguno de los demás hechos de la demanda le constaban, es decir, que desconocía el tipo de relación jurídica puntual que pudo haberse dado entre las demandantes y la subcontratista **AMILBIA GALVIS CASTAÑO**. Asimismo se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las que llamó: *“Falta de obligación del Municipio frente a los eventuales derechos causados, buena fe del municipio, no procedencia del despido injusto, falta de prueba del estado de embarazo y prescripción”.*

 De otra parte, el a-quo, mediante auto de octubre 27 de 2009, tuvo por no contestada la demanda por parte de la **CORPORACIÓN EMPRESARIAL NACE S.A.** y la **CORPORACIÓN EDUCATIVA PARA LA TÉCNOLOGIA Y EL TRABAJO –LICEO PORVENIR-**, las cuales, como ya se dijo, conforman la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTAMOS COLOMBIA.**

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

En sede de primera instancia, mediante sentencia del 31 de julio 2015, el juez laboral de Dosquebradas declaró que entre las docentes **YENNY CAROLINA VELÉZ NOREÑA** y **PAOLA** **ANDREA GÓMEZ GALLEGO**, como trabajadoras, y la señora **MARIA AMILBIA GALVIS CASTAÑO** -en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio INSTITUTO PEDAGÓGICO HARVARD- como empleadora, se celebró el contrato de trabajo que tuvo vigencia, con la primera de ellas, entre el 5 de febrero y el 26 de octubre de 2007, que finalizó sin justa causa, por el empleador, el 15 de junio de 2007; y, con la segunda de ellas, entre el 1º de marzo y el 7 de diciembre de 2007, el mismo que de igual manera finalizó injustificadamente el 16 de julio de 2007. Asimismo, en ambos casos, declaró que las demandantes tenían derecho a devengar una remuneración igual a la asignada a un docente del sector oficial, según su título y/o escalafón y condenó al pago de las siguientes sumas:

A favor de **YENNY CAROLINA VÉLEZ NOREÑA:** $1.552.272 por concepto del reajuste del salario; $240.167 de auxilio de transporte; $331.730 de reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, prima y vacaciones, en ejercicio de la facultad extra petita; $3.080.605 a título de indemnización por despido injusto; $1.410.964 como indemnización por haber sido despedida en estado de embarazo y la suma de $1.058.223 por concepto de la licencia de maternidad. Para un total de **$7.673.961.**

A favor de **PAOLA ANDREA GÓMEZ GALLEGO:** $1.984.794 por concepto del reajuste del salario; $853.703 por concepto de reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, prima y vacaciones; $3.315.765 por concepto de indemnización por despido injusto y $21.307.765 por concepto de indemnización moratoria, que a partir del 17 de julio de 2009 se tornan en intereses a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financieras, sobre la condena impuesta hasta cuando su pago se verifique. Para un total de **$27.462.027 (sin intereses)**

De otra parte, declaró solidariamente responsables del pago de esas acreencias laborales a la **CORPORACIÓN EMPRESARIAL NACE S.A.**, la **CORPORACIÓN EDUCATIVA PARA LA TÉCNOLOGIA Y EL TRABAJO –LICEO PORVENIR-**, las cuales conforman la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTAMOS COLOMBIA-,** lo mismo que al **MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS (RISARALDA).**

De esas declaraciones y condenas, conciernen en estricto sentido a la censura, solamente aquellos puntos de la sentencia en los que el juzgado se ocupó de resolver lo siguiente: **1)** la responsabilidad solidaria de concesionista y concesionario (Municipio - Unión Temporal, respectivamente) respecto de las obligaciones laborales a cargo del subcontratista, quien fungió como el directo empleador de las demandantes; **2)** la aplicabilidad al caso objeto de estudio del régimen salarial docente, y, **3)** la aparente comprobada buena fe del empleador por la cual se libró del pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

 En la decisión recurrida se concluyó, para condenar solidariamente a las codemandadas, que todos aquellos que componen la cadena de directos beneficiarios del trabajo de las demandantes están llamados a responder por las deudas laborales de contratista, subcontratista en este caso.

 Que el municipio, primeramente, tiene a su cargo la prestación del servicio público de educación (Art. 288 de la constitución), el cual puede garantizar directamente, a través de la red pública de colegios o instituciones educativas oficiales; pero que, en lo atinente al asunto objeto de estudio, había decidido hacerlo a través de un tercero –concesionario-, que, como es obvio, al haber subcontratado con otro la prestación del servicio que debía él prestar, se sumaba a la cadena de directos beneficiarios de la prestación personal de los servicios prestados por las docentes demandantes, quienes aunque prestaron sus servicios directamente a favor de MARIA AMILBA GALVIS CASTAÑO, con ello beneficiaron no solo al concesionario, quien subdelegó la prestación del servicio en otro, sino también al Municipio, que al concesionar los servicios educativos que debía directamente ofrecer a la ciudadanía por expreso mandato de la ley, emergió en el contexto laboral como uno de los directos beneficiarios de la labor docente prestada por quienes al proceso concurren en calidad de demandantes.

De otra parte, en lo que atañe al caso de YENNY CAROLINA VÉLEZ NOREÑA, encontró acreditada la buena fe del empleador, pues este pagó lo que consideraba que debía pagar, razón por la cual no encontró elementos de juicio que permitieran afirmar con la suficiente certeza que la omisión de pagar por debajo de lo señalado por la ley a la docente, tuviera la intención de burlar sus derechos, pues la empleadora estuvo siempre atenta al cumplimiento de sus demás obligaciones laborales y no existe prueba de que la demandante en su momento la puso al tanto de su idoneidad profesional.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

 En contra de aquella decisión promueven recurso de apelación la demandante **YENNY CAROLINA VÉLEZ NOREÑA,** lo mismo que las demandadas, **MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS (RISARALDA**) y la **CORPORACIÓN EMPRESARIAL NACE S.A.**

 Señala **la demandante**, **YENNY CAROLINA VÉLEZ NOREÑA**, como sustento del recurso, que los demandados son especialistas en el tema de educación y su experiencia gira en torno a dicha materia, lo que obviamente lleva a suponer que tienen algún moderado conocimiento del régimen contractual y prestacional de los docentes, de modo que presumiblemente ellos debían saber que la demandante, y cualquier otro docente, tiene derecho a devengar, como mínimo, el salario previsto en el escalafón docente para su categoría. Pese a ese conocimiento, deliberadamente, pagaron a la demandante mucho menos de un salario mínimo, lo cual es inexcusable y denota mala fe del empleador.

 De otra parte, la **CORPORACIÓN EMPRESARIAL NACE S.A.** y el **MUNICIPIO** coinciden al atacar a la declarada solidaridad. El primero, sobre la base de que fue la Fundación Harvard quien contrató los servicios de las accionantes, quien fijó el monto de sus salarios y demás prestaciones, sin que la CORPORACIÓN EMPRESARIAL NACE S.A. haya tenido injerencia en la relación contractual. Además de lo anterior, en el proceso no fue probado que el beneficiario del servicio haya sido la UNIÓN TEMPORAL PROYECTAMOS COLOMBIA, en virtud a que no quedó probado que la empleadora de las demandantes las haya contratado para contribuir con la ejecución del contrato que había celebrado con la UNIÓN TEMPORAL. Y en lo que se refiere a los ajustes salariales que realiza el fallador de primer grado, precisó que en materia contractual privada debe dársele prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes, la cual quedó plasmada en los contratos objeto de discusión, en lo que de mutuo acuerdo se fijó el monto del sueldo o salario, haciendo la salvedad que la U.T. no tuvo injerencia en dicho acuerdo de voluntades.

 Por último, el MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS (RISARALDA) señaló que había cumplido a cabalidad con el objeto del contrato de concesión que hoy lo vincula al proceso, lo cual lo exonera del pago de todas aquellas obligaciones laborales incumplidas por el contratista; que la contratación es el medio más idóneo para que las administradoras públicas logren cumplir sus obligaciones y satisfacer las necesidades de las comunidades, y que se configura un grave perjuicio económico si la entidad territorial termina sancionada por el incumplimiento de un tercero. Además, solicita que caso de no prosperar el recurso, se endilgue la responsabilidad del pago de los perjuicios a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, entidad aseguradora en el proceso licitatorio, pues la póliza de seguros estaba vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **SOLIDARIDAD ENTRE EL CONTRATISTA Y EL BENEFICIARIO O DUEÑO LA OBRA**

En lo concerniente al aspecto central materia de inconformidad de la censura se encuentra que el contrato de concesión celebrado por las sociedades mencionadas -agrupadas en la UNIÓN TEMPORAL PROYECTAMOS- con el MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS, no excluye la posibilidad de subcontratar total o parcialmente la prestación del servicio formal de educación con un tercero.

A propósito de lo anterior, expresamente se señala en la cláusula 11 del mencionado contrato: *el concesionario durante el plazo concedido (para la construcción de las instalaciones físicas del nuevo colegio en concesión[[1]](#footnote-1)) podrá subcontratar la prestación del servicio educativo o prestar este en instalaciones arrendadas o construir instalaciones provisionales para la prestación del servicio.*

 Respecto de este tipo de convenios, conviene resaltar que las partes se gravan especialmente cada una en beneficio de la otra, es decir, que son beneficiarias recíprocamente entre si. Así, de un lado, el municipio, que es a quien le compete la dirección, planificación y prestación del servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media (artículos 288 constitucional y 7º de la Ley 715 de 2001), y del otro lado el concesionario, generalmente un operador privado a quien el municipio asigna o delega la prestación del servicio educativo a cambio de una pactada remuneración con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones.

En materia de contratación pública, la Ley 80 de 1993, en particular el artículo 32 de esa ley, define el contrato de concesión como *“los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.*

 En este caso las sociedades celebraron un contrato de concesión propiamente dicho en el que el concedente se obligó como contraprestación por la prestación del servicio educativo[[2]](#footnote-2), a dar al concesionario el pago total correspondiente al número de estudiantes anualmente atendidos, con base en las tarifas fijadas en la cláusula 32 del mentado contrato.

 En el contrato referido las partes pactaron incluso que el concesionario, antes de finalizar la construcción del mega-colegio, sería libre de proporcionar el servicio en instalaciones propias o arrendadas, a través de terceros o directamente, con la única condición que se ciñera a los fines y principios establecidos en Ley general de educación y sus normas reglamentarias.

 A propósito del concepto de solidaridad en materia laboral, La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 35864 de marzo 1° del 2011, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, recogiendo lo dicho en la sentencia del 25 de mayo de 1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, radicación 14038, realizó las siguientes consideraciones que ofrecen claridad y precisión sobre el tema, señaló: “*(…) lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores”*. Y agregó: *“(…) si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales”.*

 Por demás, para que la solidaridad opere, además de que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario de la obra o el trabajo, se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico. Igualmente, vale añadir que la Sala Laboral ha admitido la posibilidad de que opere la solidaridad tomando en cuenta para ello la actividad específica desarrollada por el trabajador y no sólo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra. Así lo dispuso en la sentencia del 24 de agosto de 2011, radicación 40.135.

 Sin perder el hilo que hasta aquí se lleva, por resultar importante para resolver el objeto de la apelación, es también necesario precisar que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el artículo 34 del C.S.T., de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de esos subcontratistas.

 Frente a este último tema, conviene traer a colación el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 17573 del 12 de junio de 2002, ponencia del magistrado Germán Valdés, en la que dijo: *“jurídicamente la norma impone la solidaridad a los subcontratistas sin limitación alguna. Toda la cadena de subcontratos es, en la práctica mercantil o de negocios, una delegación del servicio o de la ejecución de la obra; y como es el trabajador quien realiza el trabajo, ni siquiera cuando se prohíbe subcontratar la ley permite que desaparezca la garantía que para el subordinado ofrece la institución de las obligaciones solidarias”.*

 En esta misma sentencia La Corte precisó que *“lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará solidaridad establecida en el artículo citado”.*

 La conclusión que extrajo el juzgador de primer grado de la situación descrita, según la cual se presenta la solidaridad que se predica de la institución del contratista independiente, prevista en el artículo 34 del C.S.T., en razón a que se acreditó que la prestación del servicio de educación no es una actividad ajena o extraña a las normalmente desarrollas por el ente local y las sociedades beneficiarias de la prestación de los servicios prestados por las demandantes en favor de MARÍA AMILBIA GALVIS, no encuentra reproche en esta instancia, tal como se pasa a explicar.

 Se observa que con el recurso de apelación las demandadas no aportaron ningún elemento de juicio nuevo que sirva para desvirtuar su calidad de directos beneficiarios del trabajo desarrollado por las demandantes mientras prestaron sus servicio a la señora MARIA AMILBIA GALVIS. Dicha calidad, la de beneficiarios o dueños de la obra, se infiere directamente del contenido mismo de los contratos, tanto el de concesión como el prestación de servicios, este último celebrado entre el concesionario y la directa empleadora de las demandantes, MARIA AMILBIA GALVIS.

 En la práctica realmente el concesionario era quien tenía a su cargo el deber de prestar los servicios contratados por el municipio, pero decidió subcontratar dichas tareas con la señora MARIA AMILBIA GALVIS, quien a través de su establecimiento educativo, Instituto Pedagógico Harvard, prestó el servicio educativo a los niños y niñas sujetos del concesionado servicio educativo.

 Esta circunstancia aparece plenamente acreditada en el plenario y además no fue puesta en duda por los sujetos procesales. Ahora bien, que la vinculación laboral de las demandantes obedeció a la necesidad de cumplir con el contrato de prestación de servicios celebrado entre MARIA AMILBIA GALVIS y la UNIÓN TEMPORAL (CONCESIONARIA) y que es por eso que esta última debe responder como beneficiaria del trabajo de las demandantes, tampoco es un aspecto que ofrezca duda, ello por cuanto:

 1) La causa del despido de las demandantes, como lo reconoce la misma demandada al absolver interrogatorio (Fl. 483), se debió a que la Secretaría de Educación le envió un oficio en el cual le informaba que los niños y niñas que atendía en su establecimiento debían ser reubicados en otras instituciones del Municipio, por lo cual, ante de la falta de estudiantes, no requirió más los servicios de las docentes demandantes.

 2) No sólo eso, la contratación de las demandantes coincide con la fecha a partir de la cual la señora GALVIS empezó a ejecutar el mentado contrato de prestación de servicios; y

 3) Por último, la interrogada y los declarantes coinciden al afirmar que las demandantes prestaron sus servicios en la “casa de la cultura de Dosquebradas”, instalaciones que la empleadora tomó en alquiler, de lo cual hay prueba (Fl. 96), precisamente en el año escolar 2007, ante el aumento del volumen de estudiantes, lo cual fue producto de la celebración del reseñado contrato de prestación.

 Por lo expuesto, en sede de segunda instancia se confirmará la decisión en este punto, dando paso a los demás aspectos objeto de apelación.

**4.1. BUENA FE E INDEMNIZACIÓN MORATORIA**

 En la decisión recurrida se concluyó para negar la indemnización moratoria a la demandante YENNY CAROLINA VÉLEZ NOREÑA que su empleadora desconocía que los docentes privados y oficiales tienen derecho al pago de una remuneración mínima equivalente al ingreso correspondiente a su categoría dentro del escalafón docente determinado por el Gobierno Nacional y que además, lo más seguro era que no había tenido acceso al diploma que acreditaba la condición profesional o técnica de la docente.

 Lo anterior impone a la Sala recordar que ni el artículo 65 del C.S.T. y tampoco el 99 de la Ley 50 de 1990 contienen la expresión “buena fe” ni considera que esta manera de actuar sirva para librar al empleador del pago de la sanción allí prevista. No obstante, la jurisprudencia laboral ha desarrollado la teoría del principio de la buena fe, que en caso de probarse su existencia, exonera al empleador del pago de la sanción por el no pago oportuno de los valores adeudados al trabajador a la terminación del [contrato de trabajo](http://www.gerencie.com/contrato-de-trabajo.html).Al respecto en varias oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, y en la sentencia de marzo 16 de 2005, expediente 23987, indicó: *“La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud", como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958” (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223).*

 Por eso también importa a la Sala recordar que, la Ley 115 de 1994, reguló lo pertinente al salario que deben devengar los educadores que prestan sus servicios en los establecimientos privados; en consecuencia para el efecto se debe tener en cuenta el que se fije en el sector oficial para docentes de igual categoría en el escalafón. El artículo 197, fija el salario mínimo para el docente; lo anterior con fundamento en el principio del derecho laboral que dice: "a trabajo igual, salario igual". Esto no quiere decir que la ley equipare integralmente a los maestros públicos y privados, por consiguiente sobre el mínimo establecido en la ley, la entidad privada acordará con el docente directivo, el salario máximo por el desempeño de su labor, que valga reiterar, en ningún caso puede ser inferior al indicado en el escalafón docente.

 De otra parte, resulta equivocado partir del presupuesto de que la empleadora desconocía la idoneidad profesional de la actora, pues el contrato de concesión (cláusula 48), lo mismo que el contrato de prestación de servicios educativos (literal m, cláusula 4) señalan que quienes desempeñen actividades docentes deben cumplir con todas las reglas que la ley exige para el ejercicio de dicha profesión, es decir, que el servicio debía prestarse a través de licenciados en educación, normalistas superiores o profesionales universitarios. Ello así, lo lógico es que la demandante haya acreditado alguna de esas calidades al momento de ingresar a laboral al plantel educativo, pues de otra manera el contratista estaría incumpliendo las reglas contenidas en los contratos antes reseñados, lo cual resulta poco probable, pues se supone que la calidad del servicio era vigilada no solo por el contratante (concesionario) sino también por la entidad territorial (concesionista).

 En primera instancia se declaró que la señora YENNY CAROLINA VELÉZ NOREÑA demostró, conforme a la certificación expedida por el instituto INGECOMPUTO, que para la fecha de los hechos, se encontraba en el escalafón 1 nivel escolar A[[3]](#footnote-3).

 Como quiera que tal aserto de la sentencia no fue atacado mediante recurso de apelación, se impone la conclusión de que a la demandante le pagaron mucho menos de lo que corresponde a su categoría dentro del escalafón, lo cual no resulta excusable, dado que el régimen salarial docente es de orden público y no parece lógico que la señora MARÍA AMILBIA GALVIS, siendo propietaria de un plantel educativo, desconociera las normas básicas que atañen directamente al funcionamiento del modelo educativo nacional.

En todo caso, en punto de las actividades desplegadas por la administración y por instituciones educativas inscritas ante el Ministerio de Educación, no es admisible presumir la ignorancia de la aludida norma, puesto que como lo dijo la apelante, el conocimiento de este tipo de entes es especializado. Luego entonces no puede presumirse buena fe del empleador al contratar un docente con un salario inferior al que la Ley establece como mínimo. Si este argumento se aceptara, tendría como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que sería el demandante quien tendría que acreditar el saber del empleador cuando quien está en cabeza de ella ejerce precisamente el oficio que corresponde al objeto del contrato o acuerdo. En todo caso, por último, si se aceptara la hipótesis de la impericia del empleador según quién sea su representante legal, tal afirmación debe estar probada y no ser una presunción que lo exonere del reproche judicial.

 Al margen de lo anterior, al reproche judicial también debe sumarse el hecho de que la demandante haya sido registrada en nómina bajo la denominación de secretaría (Fl. 260), cuando todos los declarantes, e incluso su empleadora al ser interrogada, la ubican como profesora de preescolar y primaria en el Instituto Harvard. Además, se observa igualmente, al revisar la liquidación de prestaciones aportada por la misma empleadora, que el auxilio de transporte no se incluyó en el cálculo de prestaciones sociales, lo que contraviene el artículo 7 de la ley 1º de 1963, que señala, en lo que interesa al proceso: *“considérese incorporado al*[*salario*](http://www.gerencie.com/salario.html)*, para todos los efectos de*[*liquidación de prestaciones sociales*](http://www.gerencie.com/liquidacion-de-prestaciones-sociales.html)*, el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959 y decretos reglamentarios”*.

 En virtud de lo expuesto, para la Sala no aparece acreditado que la conducta del empleador estuviera revestida de buena fe, por el contrario, todo indica que recibió del concesionario (U.T.) los recursos suficientes para garantizar el pago de un salario acorde a la función docente, pero prefirió pagar a los profesores, por lo menos a la demandante, mucho menos de lo que establece la ley. Es por ello que en esta instancia los demandados serán condenados al pago de la indemnización moratoria a favor de YENNY CAROLINA VÉLEZ NOREÑA, lo que equivale a la suma de $23.516,06 diarios a partir del 17 de junio de 2007 y hasta 16 de junio de 2009, fecha a partir de la cual deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la superintendencia financiera. Las costas en esta instancia, cuyo monto debe establecerse en primera instancia, correrán por cuenta del Municipio de Dosquebradas y la CORPORACIÓN EMPRESARIAL NACE S.A. y a favor de la demandante.

 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** la absolución por la indemnización moratoria en el caso de **YENNY CAROLINA VÉLEZ NOREÑA.** En su defecto, condenar a los demandadosal pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. a favor de YENNY CAROLINA VÉLEZ NOREÑA, lo que equivale a la suma de $23.516,06 diarios a partir del 17 de junio de 2007 y hasta 16 de junio de 2009, fecha a partir de la cual deberá continuar pagando los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la superintendencia financiera.

 **SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto del recurso de apelación.

 **TERCERO: CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia a las demandadas **Municipio de Dosquebradas** y **CORPORACIÓN EMPRESARIAL NACE S.A.**

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS. CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

 La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Los Magistrados,

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

**JELINE MONSALVE OSPINA**

Secretario Ad-hoc.

1. Lo cual debía finalizar en diciembre de 2007 [↑](#footnote-ref-1)
2. dirigido inicialmente a 1500 niños y niñas en edades escolares del municipio de Dosquebradas (ver contrato) [↑](#footnote-ref-2)
3. Cuya remuneración equivale a la suma de $705.842 [↑](#footnote-ref-3)