Providencia: Sentencia del 16 de septiembre de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-005-2014-00014-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Víctor Alfonso Ocampo Motato

Demandado: Promasivo y Megabús

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema: **SANCIÓN MORATORIA Y FALTA DE LIQUIDEZ DEL EMPLEADOR:** aun en el caso en que existiera esa prueba (de la falta de liquidez o los problemas financiera de PROMASIVO), ella no sería necesariamente indicativa de la buena fe del empleador, como quiera que en el sub-examine no se trata de que este haya estimado que no adeudaba los derechos que le son reclamados, sino que lo que alega es que no pudo pagarlos oportunamente por razones de índole económico; y es que por supuesto, 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. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y DEUDOR SOLIDARIO:** la mala o la buena fe exonerativa de indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones se determina por la conducta del verdadero empleador y no por la del obligado solidario” (SL587-2013, con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverry Bueno). **SANCIÓN POR LA FALTA DE CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS:** la falta de consignación de una anualidad, origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación, aun cuando las anualidades posteriores sean debidamente depositadas en el fondo. Si se incumple la consignación de varias anualidades, la indemnización se causa desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar, pero cuando el patrono incumpla por segunda vez con la obligación de hacer el depósito de la respectiva anualidad, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar, y así sucesivamente, hasta cuando se consigne la anualidad o anualidades adeudadas o se le cancele el auxilio de cesantía directamente al trabajador en razón de la terminación del contrato de trabajo.

**Citación jurisprudencial:** Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Rad 34288 de enero 24 de 2012. / Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 37766 de 06 de mayo 2010 M.P. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

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

#### **SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Septiembre 16 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 10:30 a.m. de hoy, viernes 16 de septiembre de 2016, la Sala No. 1º de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **VÍCTOR ALFONSO OCAMPO MOTATO** en contra de **PROMASIVO S.A.** y **MEGABÚS S.A.** Para el efecto, se verificar la asistencia de las partes a la presente diligencia: Parte demandante… Parte demandada…

**Alegatos de conclusión**

Con fundamento en 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: …………Parte demandante… 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 que los contendores procesales promueven en contra de la decisión emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el día 14 de mayo de 2015, dentro del Proceso Ordinario Laboral reseñado con anterioridad.

**PROBLEMA JURIDICO**

En este asunto, dado el esquema de la apelación promovida por el demandante y los demandados, la Sala tiene a su cargo la revisión de algunos aspectos puntuales de la sentencia de primera instancia. En lo que a los codemandados se refiere, ha de revisarse**:**

1. Si es cierto, tal como advierte el apoderado judicial de la codemandada PROMASIVO, que sobre la dotación (vestido y calzado de labor) del año 2009, operó el fenómeno extintivo de la prescripción, debido a que la demanda fue presentada en el año 2013, con lo cual sería necesario modificar en segunda instancia la sentencia de primer grado para descontar del monto de la condena por tal concepto el valor de dos (2) dotaciones del primer año de vigencia del contrato de trabajo.
2. En lo que atañe a la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías anuales, es necesario establecer si los problemas financieros de la empresa empleadora (PROMASIVO) constituyen elemento o argumento suficiente para exonerarlo del pago de dicha sanción.
3. Por último, si como lo afirma MEGABÚS S.A., la condena por las sanciones moratorias que se derivan del pago extemporáneo de las prestaciones sociales y de la falta de consignación de las cesantías, no pueden extendérsele a los deudores solidarios, pues esta condena sólo procede contra el verdadero empleador y no contra el beneficiario o dueño de la obra o labor contratada.

Y en lo que tiene que ver con el recurso de apelación impetrado por la parte actora:

1. La Sala examinará si existió algún error en la liquidación de la sanción moratoria por la falta de consignación o consignación tardía de las cesantías y, además, será igualmente necesario verificar si en el sub-examine operó o no solución de continuidad sobre la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.
2. **ANTECEDENTES**

En lo que en estricto rigor atañe a la apelación, se ha de precisar que son hechos que no ofrecen discusión alguna, que entre las partes, **Promasivo** y el señor **Ocampo Motato**, existió un contrato de trabajo y que el actor se desempeñó inicialmente como auxiliar de mantenimiento de taller y posteriormente como almacenista.

Igualmente, que dicha relación laboral se dio de manera ininterrumpida entre los días 6 de febrero de 2009 y 15 de enero de 2013, fecha en la cual el actor decidió voluntariamente renunciar a la empresa.

 Asimismo, es un hecho comprobado, que tras la renuncia del trabajador, el empleador se demoró hasta el 11 de julio de 2013 (175 días) para pagarle la suma de $1.869.926 correspondiente al valor de las prestaciones sociales, tales como cesantías, primas, vacaciones e intereses a las cesantías y que, adicional a ello, las cesantías anuales eran consignadas extemporáneamente, es decir, unos meses después del 15 de febrero de cada año, que es la fecha limite prevista en la ley para hacer consignar las cesantías.

1. **Sentencia de primera instancia y recurso de apelación**

Como quiera que el juzgador de segunda instancia sólo debe limitar su decisión a las materias objeto de la impugnación, de la sentencia atacada tan sólo es necesario extractar aquellos asertos que se refieren a los puntos específicos objeto de controversia en esta instancia, así:

Frente a la dotación de calzado y vestido de labor, la *a-quo* advirtió que en virtud del artículo 230 del C.S.T., el empleador debe suministrar al trabajador cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un (1) par de zapatos y un (1) vestido de labor, en las fechas previstas en el artículo 232 ídem, esto es, el 30 de abril, 31 de agosto y 20 de diciembre de cada anualidad.

Ello así, de acuerdo a la prueba documental aportada por PROMASIVO, la *a-quo* advirtió que el trabajador había recibido la dotación completa del año 2010, es decir, 3 entregas, y dos del año 2011; pero no se había acreditado el suministro de las correspondientes a dos (2) del año 2009 y las tres (3) del 2012, en razón de lo cual condenó al pago de la suma de $679.800, correspondiente a 6 dotaciones, a razón de $113.300 cada una, tomando como referencia el concepto pericial conocido por las partes.

Ahora, en lo correspondiente a la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, la jueza calificó de injustificado el hecho de que la empresa demandada se hubiere tomado 175 días para pagar la liquidación al demandante, por lo que la condenó al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., la cual concretó en la suma de $7.159.075, a razón de un día de salario por cada día transcurrido entre la terminación del contrato, 16 de enero 2013, y la fecha del pago efectivo de las prestaciones, 11 de julio del mismo.

Asimismo, la condenó al pago de la indemnización moratoria por la no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues al remitirse a las pruebas documentales aportadas con la demandada, visibles entre los folios 25 y 26 del expediente, se observa que ellas dan cuenta de las consignaciones efectuadas por el empleador tanto en Protección S.A. como en Porvenir S.A., de lo cual se deduce:

1. La primera consignación fue efectuada el 16 de junio del año 2010. Así las cosas, para consignar las cesantías del año 2009, el empleador se tardó 121 días, contados desde la fecha límite (15 de febrero de cada año), por lo que adeuda al demandante la suma de $2.171.345, correspondientes a un día de salario por cada día de tardanza ($17.945 x 121 días)

1. El 30 de enero del año 2011, el empleador consignó las cesantías del año 2010, por lo que no se generó mora en este periodo.
2. No hay prueba alguna de que las cesantías del año 2011 hayan sido consignadas, por lo que se da una mora de 360 días, puesto que la consignación del año 2013, correspondiente a las cesantías causadas en lo corrido del año 2012, interrumpió la mora, como lo ha venido estableciendo la jurisprudencia, pues no puede haber mora sobre mora. Por ese periodo adeuda la suma de $6.589.404.
3. Las cesantías del año 2012, tal y como se desprende del reporte de Porvenir, fueron consignadas el 18 de Febrero de 2013, es decir, reportan una mora de 3 días, para un total de $85.702.
4. Por ultimo las cesantías por la fracción del año 2013, se pagaron directamente al trabajador el 11 de Julio de 2013.

En consecuencia, la condena impuesta a Promasivo S.A. por concepto de sanción moratoria por la extemporánea consignación de las cesantías, asciende a un valor de $8.846.451.

Por último, tras comparar los objetos sociales de las codemandadas, concluyó que el giro normal de los negocios de MEGABÚS S.A. no es ajeno al de PROMASIVO S.A., pues ambas están dedicadas a la prestación del servicio de transporte público, por lo cual queda acreditado que la primera (MEGABUS S.A.) concesionó un servicio que podía prestar directamente, razón suficiente para que surja la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S.T., en virtud de lo cual la condenó solidariamente al pago de la condena impuesta a PROMASIVO S.A.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Tal como se anticipó al momento de la formulación del problema jurídico, el recurso de apelación es promovido por todos los sujetos que integran la Litis.

**PROMASIVO** pretende que la sentencia de primera instancia sea revocada parcialmente, pues considera que la prescripción operó sobre las dotaciones del año 2009 y que no era viable la condena por concepto de las indemnizaciones moratorias, pues estas no proceden de manera automática y deben consultar las circunstancias particulares en cada caso, y para nadie es un secreto las enormes dificultades económicas por las que atraviesa PROMASIVO, lo que ha impedido el cumplimiento oportuno de algunas de sus obligaciones labores.

El curador ad-litem de **MEGABUS** **S.A.**, por su parte, coadyuva la apelación de PROMASIVO y pide adicionalmente que la deudora solidaria sea exonerada del pago de las indemnizaciones moratorias, pues es claro que quien tenía a su cargo el pago de los salarios y prestaciones del demandante era su directo empleador, PROMASIVO S.A. y no ella.

Por último, **el demandante**, señaló que contario a lo señalado por la *a-quo*, en el plenario había prueba del pago tardío de las cesantías y adicional a ello, la indemnización moratoria no se había vista interrumpida el 11 de julio de 2013 con el pago de la suma de $1.869.926, pues el empleador le había quedado debiendo a su cliente parte de la dotación, como bien lo señaló la jueza de primera instancia.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR NO PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES. PROCEDENCIA EN CASO DE SOLIDARIDAD**

De entrada debe advertirse que ninguna de las pruebas adosadas al proceso habla de la mala situación financiera que atraviesa la empresa demandada (PROMASIVO S.A.), por lo que no ha quedado acreditado en el proceso que fuera esa la razón por la que postergó por 175 días el pago de la liquidación al trabajador demandante.

No obstante lo anterior, aun en el caso de que existiera esa prueba, ella no sería necesariamente indicativa de la buena fe del empleador, como quiera que en el sub-examine no se trata de que este haya estimado que no adeudaba los derechos que le son reclamados, sino que lo que alega es que no pudo pagarlos oportunamente por razones de índole económico; y es que por supuesto, 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.

Así 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*](http://www.gerencie.com/fuerza-mayor-o-caso-fortuito.html)*, 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).

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

De otra parte, **MEGABÚS S.A.** señala que las indemnizaciones moratorias surgen de la conducta omisiva del verdadero empleador del demandante, es decir, corresponden a una sanción y, por tanto, no pueden hacérsele extensibles, pues el beneficiario o dueño de la obra o labor contrata no es quien tiene a su cargo el pago de los salarios y prestaciones de los trabajadores que prestan sus servicios a favor del contratista independiente.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, en relación a la materia del recurso, precisó que *“la mala o la buena fe exonerativa de indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones se determina por la conducta del verdadero empleador y no por la del obligado solidario” (SL587-2013, con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverry Bueno*).

En otros palabras, respecto de los demandados solidarios no procede el examen de la buena fe, puesto que su responsabilidad frente a esta condena se deriva de su posición de garantes, más no de su propio incumplimiento. En estas condiciones, es la buena o mala fe del empleador, o sea del contratista, la que debe analizarse para efectos de imponer la sanción moratoria y no la de su obligado solidario, conforme se explicó en la sentencia del 6 de mayo de 2005, Rad. 22905, en la que la Corte Suprema analizó el verdadero entendimiento del artículo 34 del C.S.T.

Estos argumentos se juzgan más que suficientes para confirmar este punto de la sentencia atacada, como quiera que el apelante (MEGABÚS S.A.) no se ocupó de precisar y comprobar hechos indicativos de la buena fe del empleador directo o contratista, es decir, no señaló razones justificativas de la mora en que incurrió el empleador en el pago de los salarios y prestaciones reclamadas por el demandante.

* 1. **EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN SOBRE LA DOTACIÓN (VESTIDO Y CALZADO DE LABOR)**

Los derechos que adquieren un trabajador como producto de una [relación laboral](http://www.gerencie.com/relacion-laboral.html) en los términos del código sustantivo del trabajo, no son perpetuos sino que prescriben tres años después de haberse causado o adquirido, así lo contempla el artículo 488 del mismo código.

La prescripción implica la pérdida del derecho por parte del trabajador y la cesación de la obligación por parte del empleador puesto que se pierde la oportunidad para reclamar.

Bajo tal óptica, se aprecia que los efectos extintivos de la prescripción operaron sobre dos de las dotaciones del año 2009, las que ciertamente debía entregar el empleador a más tardar el 31 de agosto y el 20 de diciembre de ese año, respectivamente, pues estas fueron exigibles hasta el año 2012 y sólo vinieron a ser reclamadas el 27 de septiembre de 2013 (según se puede ver en el folio 52 del expediente). Ello así, prosperará parcialmente el recurso de apelación promovido por PROMASIVO S.A. en el sentido de descontar dichas dotaciones del monto total por este concepto, quedando la condena en la suma de $453.200.

* 1. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR LA FALTA DE ENTREGA DE LA DOTACIÓN (VESTIDO Y CALZADO DE LABOR)**

Conviene recordar que la omisión en el suministro de dotaciones no genera el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., sanción que se ocasiona únicamente cuando a la terminación del contrato de trabajo no se paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales, pues en estos casos, cuando el empleador omite la entrega de dotación de trabajo, el trabajador se hace merecedor de una indemnización sustentada en la prueba del precio de lo que debió ser pagado. (Ver sentencia 10.400 del 15 de abril de 1998 de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Francisco Escobar Enríquez).

* 1. **LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS**

 La jueza de primer grado arribó a la conclusión de que la empresa demandada no había consignado las cesantías del trabajador correspondientes al año 2011, por lo que le impuso la sanción prevista en el artículo 90, numeral 3º de la Ley 50 de 1990 ante su falta de consignación.

 Al cuantificar dicha condena, la jueza advirtió que respecto a la sanción por la falta de consignación de las cesantías de ese año, la citada sanción corría entre el 15 de febrero del año 2012 y el mismo día y mes del año siguiente (2013), puesto que en esa fecha el empleador sí había consignado las cesantías correspondientes al año 2012, con lo cual se interrumpió su causación.

 La jueza señala que dicha decisión se acompasa a la jurisprudencia sobre la materia. Sin embargo, al consultar la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se encuentra que de tiempo atrás se ha venido sosteniendo que la falta de consignación de una anualidad origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación, sin que exista solución de continuidad cuando al año siguiente el empleador consigna la anualidad anterior, pero continua insoluta alguna de las anualidades anteriores dejadas de depositar, tal como ocurre en su caso, pues como lo afirma el demandante, las cesantías del año 2011 sólo vinieron a ser pagadas el 11 de julio de 2013.

 Basta examinar el contenido de la jurisprudencia se incurrió en un error al dar solución de continuidad a la sanción por la falta de consignación de las cesantías del año 2011. A modo ilustrativo, conviene reproducir el fragmento jurisprudencial citado:

*“En ese orden de ideas, la falta de consignación de una anualidad, origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación, aun cuando las anualidades posteriores sean debidamente depositadas en el fondo. Si se incumple la consignación de varias anualidades, la indemnización se causa desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar, pero cuando el patrono incumpla por segunda vez con la obligación de hacer el depósito de la respectiva anualidad, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar, y así sucesivamente, hasta cuando se consigne la anualidad o anualidades adeudadas o se le cancele el auxilio de cesantía directamente al trabajador en razón de la terminación del contrato de trabajo”.* (Sentencia 37766 de 06 de mayo 2010 M.P. **GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA**)

#  Siendo así, es claro que el juzgado interpretó erradamente el ordinal tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al condenar a la empresa a pagar una sanción independiente y concomitante por cada anualidad en la que aquella omitió efectuar la consignación de la cesantía, y dando solución de continuidad al vencimiento de cada anualidad, a pesar de que dicha prestación no había sido saldada

 Como quiera que la correcta interpretación del artículo 90, numeral 3º de la Ley 50 de 1990 es la acabada de exponer, que coincide con los planteamientos de la apelación y corresponde a la inveterada jurisprudencia del más alto órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la Sala accede a modificar el monto de la condena impuesta en primera instancia por concepto de la sanción ante la falta de consignación de la cesantías, la cual bajo ese método de liquidación asciende a la suma de **$11.811.537**.

* 1. **CONCLUSIÓN**

En suma de todo lo dicho, se modificará el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar al pago de la suma de $453.200 por concepto de dotación de calzado y vestido (en primera instancia se había impuesto como condena por este concepto la suma de $679.800) y de $11.811.537 por concepto de la indemnización por la falta de consignación de las cesantías. Se confirmará en todo lo demás la sentencia de la primera instancia. Sin costas en esta instancia por haber prosperado para ambos apelante el recurso.

 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: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia apelada en el sentido de disminuir el monto de la condena por dotación a la suma de **$453.200** y elevar a **$11.811.537** la correspondiente a la indemnización por la falta de consignación de las cesantías

 **SEGUNDO: -CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de estudio.

 **TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante en un 20%. Liquídense en el juzgado de origen.

 La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los magistrados,

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

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