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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

***Providencia****: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 06 de abril de 2017.*

***Proceso****:**Ordinario Laboral – Confirma y modifica sentencia que accedió a las pretensiones*

***Radicación No****:**66001-31-05-004-2009-00103-03*

***Demandante****: Alejandro Chiquito*

***Demandado:*** *Megabus S.A. y otros*

***Juzgado de origen****: Primero Laboral del Circuito de Descongestión de Pereira*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES COMO PARÁMETRO DE VALORACIÓN PROBATORIA.*** *Como se observa allí, la conducta procesal de las partes es uno de los ítems a tener en cuenta al momento de tasar el valor de las pruebas, e implica necesariamente verificar si su actuar ha estado acorde con la lealtad procesal y de encontrarse que se ha pretendido obtener una ventaja de forma poco proba, necesariamente el Juez deberá actuar conforme a ello.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los seis (06) días del mes de abril de dos mil diecisiete (2017), siendo las tres de la tarde (03:00 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante y la llamada en garantía Confianza S.A. contra la sentencia proferida el 13 de abril de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Alejandro Chiquito** contra **Cival Construcciones Ltda., Hernando Granada Gómez, César Baena García, Megabús S.A. y el Municipio de Pereira** y al cual se llamó en garantía a la **Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.**

**ANTECEDENTES**

Pide el actor que se declare que lo ató un contrato de trabajo con el consorcio Megavia 2004 y que los codemandados Municipio de Pereira y Megabus S.A. son solidariamente responsable del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones debidas. Consecuencia de lo anterior, pide que se fulmine condena por la indemnización por despido injusto, la indemnización moratoria desde el 06 de marzo de 2015 y hasta que se paguen las obligaciones laborales debidas, el auxilio de cesantías y sus intereses, la prima de servicios, el auxilio de transporte, vacaciones y las costas del proceso.

Sustenta tales peticiones en que fue contratado por el consorcio mencionado para trabajar en la construcción del tramo de Megabús entre las calles 12 a 24 y carreras 6 y 7 de esta ciudad, que inició labores el 16 de enero de 2005, que fue despedido de manera unilateral e injusta el 06 de marzo de 2005, que el salario devengado fue de $680.000 mensuales, que a la terminación del contrato no se le cancelaron las prestaciones sociales a las que tenía derecho; que Megabus celebró contrato de obra pública con los integrantes del Consorcio Megavia 2004 con el fin de construir los referidos tramos para el funcionamiento del sistema masivo de transporte; que elevó reclamación administrativa a Megabús y al Municipio de Pereira, sin obtener una respuesta de fondo.

Admitida la demanda, se dispuso el traslado a los demandados, los que allegaron respuesta en los siguientes términos:

El Municipio de Pereira, por medio de profesional del derecho, dio respuesta al libelo iniciador del proceso, aceptando el contrato de obra que celebró Megabus con Megavia 2004 e indicando frente a los restantes que no le constaban. Propuso como excepciones las de “Falta de legitimación por pasiva”, “Cobro de lo no debido”, y “Rompimiento del nexo causal entre el hecho que se le imputa al Municipio de Pereira y el daño” y persigue que se declaren imprósperas las pretensiones de la demanda.

Megabús S.A., actuando por intermedio de apoderado judicial, se pronunció frente a los hechos de la demanda, aceptando la celebración del contrato de obra entre Megabús y Megavia 2004, frente a los restantes indicó que no le constaban. Se opone a las pretensiones de la demanda y formula excepciones previas de “Falta de competencia por omisión de la reclamación administrativa e inepta demanda por falta de los requisitos formales”.

Por su parte los restantes demandados allegaron respuesta por intermedio de curador ad-litem.

Megabus llamó en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –Confianza S.A.-, entidad que se pronunció por medio de procurador judicial, indicando que no le constaban los hechos de la demanda principal y aceptó la existencia de la póliza y las coberturas dadas y se opone a las pretensiones de la demanda y del llamamiento. Propone como excepciones de mérito las de “El trabajador perdió su derecho a la indemnización moratoria pues la demanda fue presentada después de los 24 meses de terminado el vínculo laboral”, “Prescripción de la acción derivada del contrato de seguro”, “No cobertura de indemnizaciones moratorias ni de los intereses moratorios consagrados en el artículo 65 del CST/ cobertura exclusiva para la indemnización por despido sin justa causa consagrada en el artículo 64 del CST”, “Prescripción de las acreencias laborales” y “No cobertura de vacaciones”.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotadas las etapas procesales pertinentes, la Jueza a-quo dispuso dictar sentencia en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues declaró la existencia del contrato de trabajo entre el 16 de enero y el 06 de marzo de 2005 e impuso condena a cargo de los integrantes del Consorcio Megavia 2004 por valor de $333.001 por concepto de prestaciones sociales y vacaciones. Negó la indemnización por despido injusto, amén que la parte actora no demostró que el vínculo hubiera finalizado por despido. En cuanto a la indemnización moratoria, encontró que como el salario que se encontró demostrado fue de $680.000 suma superior al mínimo vigente para esa calenda y se demandó con posterioridad a los primeros 24 meses de finalización del vínculo laboral, le corresponde como sanción intereses moratorios a partir del mes 25 y hasta que efectivamente se pague lo adeudado. Dispuso que Megabus S.A. fuera solidariamente responsable de las prestaciones, salarios e indemnizaciones debidas y que la Aseguradora debería pagarle a esta las sumas pagadas por tales conceptos.

**APELACIÓN**

**Parte demandante.**

Se queja la parte actora de los siguientes aspectos:

* La sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código del Trabajo, la cual estima debió haberse impuesto desde el día siguiente al finiquito del nexo laboral, a razón de un día de salario por cada día de tardanza y no a partir del mes 25 como lo hizo la a-quo y solo por los réditos moratorios. Estima que esa intelección de la norma implica aplicar una prescripción no propuesta por la parte demandada y de imposible declaración oficiosa por parte del Juez. Tal forma de entender la norma, implica aplicar una presunción de mala fe en el trabajador. Finalmente arguye que no se aplica el principio de favorabilidad que debe regir en la interpretación de la norma. Encuentra además que el salario que devengaba el demandante era el mínimo vigente, tal como quedó establecido con el acopio probatorio y no del establecido por la Jueza, lo que sin duda varía forzosamente la forma de aplicar la aludida sanción. Critica que la forma como se aplicó la sanción moratorio, viene a ser una aplicación oficiosa de la excepción de prescripción.
* Finalmente se queja sobre la decisión adoptada frente a la indemnización por despido injusto, pues estima que sí está probado el despido del empleador.

**Llamada en Garantía Confianza S.A.**

Este tercero enfila su ataque únicamente a la obligación de cubrir la indemnización moratoria, para lo cual indica que el contrato de seguros celebrado entre las partes incluyó como indemnización cubierta la causada por despido injusto, mas no la moratoria del canon 65 del CST.

**CONSIDERACIONES.**

**Problema jurídico.**

Son varios los dilemas que le incumben a esta Sala resolver y que, por orden metodológico, se analizarán en el siguiente orden:

*¿Se aplicó de manera indebida la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST en el caso del demandante?*

*En virtud del contrato de seguro que celebraron los integrantes del Consorcio Megavia 2004 con Confianza S.A. ¿Debe esta entidad cubrir el valor pagado por Megabus por concepto de indemnización moratoria de que trata el canon 65 del CST.?*

*¿Existió despido injusto?*

**Solución a los problemas jurídicos planteados.**

**Indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.**

Debe partirse por precisar, que la sanción moratoria de que trata el canon 65 del CST, se impone al empleador que, al momento del finiquito del vínculo laboral, no cancele al trabajador la liquidación de salarios y prestaciones sociales debidas en ese hito, sin que militen razones exculpativas de la buena fe patronal. La sanción que contiene la norma en mención, es la de pagar un día de salario por cada día de demora en el cumplimiento de esa obligación. Sin embargo, a partir de la Ley 789 de 2002, tal indemnización se aplica de manera diferenciada a quienes devengan un salario mínimo y a aquellos empleados que tengan una remuneración mayor. Para los primeros, siguiendo las voces del parágrafo 2º del artículo 65 mencionado, se mantiene la indemnización en los términos arriba anotados, esto es, un día de salario por cada día de mora. Pero para el segundo grupo de trabajadores, la indemnización es diferente. En efecto, se deberá un día de salario por cada día de tardanza hasta el mes 24 de mora y, a partir del mes 25 se deberán intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación.

Tal norma ha sido analizada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, fijándole un alcance que vale la pena traer a colación, para una mejor comprensión de la decisión:

*“De acuerdo con el citado precedente, el no presentar la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo no conlleva que se deba absolver enseguida de la indemnización moratoria al empleador deudor, como parece entenderlo la demandada al definir el alcance de la impugnación extraordinaria; tampoco se ha de admitir la interpretación literal de que, a falta de presentación de la demanda oportunamente, el empleador deje de estar en mora, sin más ni más, pese a persistir en el incumplimiento del pago de sus obligaciones, y que, entonces, en dicho interregno no deba pagar sino el capital y que solo hasta el mes 25 comience a pagar los intereses indicados por el legislador, como se podría desprender de una lectura aislada de la norma.*

*Frente a la redacción de la norma en comento, la cual no es muy afortunada, no queda otra que acudir a una interpretación sistemática dentro de todo el ordenamiento jurídico, para evitar arribar a la conclusión absurda de que, si el trabajador no ha iniciado reclamación por la vía ordinaria dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, el empleador tenga licencia para no satisfacer los créditos por salarios y prestaciones sociales vencidos a la ruptura de la relación, como se podría entender en principio.*

*Pues de aceptarse tal inteligencia de la norma que ocupa la atención de la Sala, implicaría desconocer la debida protección de los derechos adquiridos, al igual que la especial garantía que ha de gozar la remuneración del trabajador y el principio de la irrenunciabilidad de los derechos mínimos, por mandato del artículo 53 superior.*

*Lo acabado de decir fue lo que llevó a esta Sala, en virtud del principio de favorabilidad, a considerar, en el precitado precedente, Sentencia No. 36577 del 6 mayo de 2010, que,* ***ante la no presentación de la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, el empleador ya no pagaría un día de salario por cada día de mora, sino que, desde el primer día del incumplimiento, deberá reconocer los intereses moratorios a la tasa máxima de los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre los salarios y prestaciones sociales adeudados, hasta cuando salde la respectiva deuda en su totalidad.****”(Negrillas fuera del texto original) ( SL 16280-2014).*

Como se observa pues, la norma en cuestión establece un límite temporal, en el cual el trabajador debe haber intentado la reclamación judicial de sus pretensiones derivadas del contrato con el fin de recibir como indemnización un día de salario por cada día de tardanza y, superados esos primeros 24 meses, solo recibirá réditos moratorios. En ningún caso, se puede interpretar ese término de 24 meses como un período de gracia para el empleador, simplemente ese lapso demarca si la indemnización a recibir va a ser de un día de salaria por cada día de tardanza (por los primeros 24 meses) o si se la misma equivaldrá a intereses moratorios por todo el tiempo.

Vistas así las cosas y como la apelación se centra también en establecer el real valor del salario devengado por el actor, aspecto que resulta necesario para determinar en cuál de los dos grupos de trabajadores establecidos por el legislador para efectos de la sanción moratoria, se debe clasificar al demandante, deberá esta Sala entrar a valorar las pruebas tendientes a establecer el salario devengado. El apelante estima que la suma debe ser el equivalente al mínimo para la época y no el establecido por la a-quo, para lo cual se apoya en los dichos del señor Faverney Valencia Restrepo –fls. 418 y ss.-, quien refiere que el actor le comentaba que ganaba el mínimo, que eso era lo que le pagaban a un ayudante. No obstante lo anterior, se tiene que en la demanda, en el hecho 4 de la demanda, se indica que la remuneración mensual equivalía a $680.000, salario que fue el mismo que se alegó en la reclamación administrativa elevada por el accionante –fl. 34-.

Pues bien, dígase que resulta muy conveniente el cambio que busca el apoderado de la parte actora en su escrito de apelación, pues obviamente la indemnización acá discutida tasada con apoyo en la remuneración mínima resulta muy superior a la fijada con apoyo en salario que inicialmente se alega en la demanda, situación que revela un actuar contrario a la lealtad procesal que debe atar a las partes. Sobre este punto en asuntos similares al acà discutido, esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse lo que ha hecho con los siguientes argumentos:

*“la verdad, es que inusitado resulta el reproche, por cuanto, luego de haberse alegado en el proceso, desde la demanda, que su estipendio ascendía al guarismo de $544.000 mensuales, ahora por una mera conveniencia, cambia su versión, en el sentido de que no estuvo por encima del mínimo legal, en orden a que se liquide la indemnización moratoria, sin que se tenga en cuenta la reforma de 2002, y sin parar mientes, en que entonces, todas sus prestaciones sociales y demás conceptos fulminados en las condenas en la sentencia, habría, entonces, que rebajarse, puesto que también su base de liquidación seria el mínimo legal.*

*Por otro lado, no resulta acertada la apreciación del recurrente, que ante la presencia en el proceso de la afirmación del actor de que su remuneración estribara en la suma de $544.000, al paso que un testigo, afirmara, que ascendía a la cantidad de $500.000, también por encima del mínimo, existiendo, por ende, disparidad sobre la cuestión, la solución para el juez, fuera necesariamente la de descartar ambas versiones, y acudir por tanto, al expediente del salario mínimo legal, ello aparte de que tal apreciación, no beneficiaria en su contexto general al demandante, y haría inane el principio de inescindibilidad o conglobamiento, desdice los mandatos del artículo 61 del CPLSS.,* ***en torno a la libre formación del convencimiento del juez, inspirada en los principios que informan la sana critica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y, la conducta procesal observada por las partes****” –negrillas ajenas al original- (Sentencia del 27 de octubre de 2015 Rad. 2008-00224).*

Como se observa allí, la conducta procesal de las partes es uno de los ítems a tener en cuenta al momento de tasar el valor de las pruebas, e implica necesariamente verificar si su actuar ha estado acorde con la lealtad procesal y de encontrarse que se ha pretendido obtener una ventaja de forma poco proba, necesariamente el Juez deberá actuar conforme a ello.

En este caso, se insiste, la petición encaminada a que se tase la sanción moratoria con apoyo en el salario mínimo, cuando el pedimento inicial era un valor mayor de remuneración, resulta flagrantemente contrario a los postulados de lealtad y equilibrio entre las partes, pues es evidente el beneficio indebido que se quiere obtener. Por lo tanto, se mantendrá el salario fijado por la aq-uo.

Ahora, es evidente el yerro cometido por la falladora de primer grado al señalar que la indemnización moratoria de que trata el canon 65 del CST apenas empezó a contabilizarse a partir del mes 25 por los réditos moratorios causados, pues como se observa se trata de una intelección equivocada de la norma, conforme le dio alcance la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral citada párrafos atrás y que es plenamente compartida por esta Sala de Decisión, pues con ella se termina aplicando un período de gracia para el empleador de dos años, que no tiene sustento jurídico. Por ello, se dirá que si bien se deben solamente intereses moratorios por haberse demandado después de pasados dos años desde el finiquito de la relación laboral, los mismos se adeudan desde la fecha siguiente al fin del contrato, esto es el 07 de marzo de 2005 –inclusive- y hasta que se verifique el pago de las prestaciones liquidadas por la primera instancia. Se modificará la decisión en este punto.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de la sociedad llamada en garantía frente al pago de la indemnización moratoria, ha de decirse que los contratos de seguro se rigen por las cláusulas que las mismas partes pacten - tal como se deriva del canon 1056 del Código de Comercio-, en las que se defina el riesgo asegurable, las exclusiones y demás aspectos propios de este tipo de contratos. A folios 365 y ss. del expediente obra la póliza de garantía única de cumplimiento 001441, en la que se amparan entre otros salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, lo que se reitera en el numeral 1.5 del anexo, el cual es explicado a detalle a renglón seguido y se dice que las indemnizaciones que se amparan son las que se desprenden del artículo 64 del Código Laboral, esto es, la que se desprende del despido injusto. Para esta Sala es claro que la aseguradora llamada en garantía, no asumió el riesgo de las indemnizaciones por mora en que se pudiera incurrir por el incumplimiento de obligaciones laborales, pues expresamente se dejó acotado que se asumiría por concepto indemnizatorio, el despido injustificado.

Por lo tanto, se modificará la decisión, en el sentido de que la Aseguradora Confianza S.A. está llamada a responder únicamente por los valores impuestos por concepto de prestaciones sociales y vacaciones.

**Despido injustificado.**

En cuanto al despido injustificado que se alega en este caso, debe partirse por indicar que es pacífico el tema de las cargas probatorias que cada uno de los enfrentados debe asumir. El trabajador debe acreditar que la relación laboral finalizó por despido, al paso que el empleador debe demostrar que existió una justa causa para ello y que la misma fue anunciada al momento del finiquito.

En el caso puntual y acudiendo a la prueba testimonial antes mencionada, es evidente que la parte actora no cumplió con la carga de demostrar que el finiquito del contrato se dio por voluntad unilateral del empleador, por lo que no puede abrirse paso el análisis de la justificación o no de un despido que no está acreditado, tal como lo decidió la a-quo.

Costas en esta instancia a cargo de Megabus y a favor de la sociedad llamada en garantía.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**1.** **Modificar** el ordinal segundo de la sentencia del 13 de abril de 2016 dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, en el sentido de que los intereses moratorios generados por el no pago de las acreencias laborales debidas al fin del contrato, se adeudan a partir del 07 de marzo de 2005 –inclusive- y hasta que se verifique el pago de las mismas.

**2.** **Modificar** el ordinal cuarto de la referida providencia, en el sentido de que la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. debe responder por las prestaciones sociales a las que se condenó solidariamente a Megabus S.A., mas no de la sanción moratoria de que trata el canon 65 del CL.

**3. Confirma** la providencia apelada en todo lo demás.

**4.** Costas en esta instancia a cargo de Megabus S.A. y a favor de la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.

**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERON OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA**

 Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

 Secretario