Providencia: Sentencia del 9 de octubre de 2017

Radicación No.: 66001-31-05-003-2006-00826-03

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: MANUEL ANTONIO LOAIZA AGUDELO

Demandada: MUNICIPIO DE PEREIRA Y OTROS

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema: APLICACIÓN DEL PARÁGRAFO 1º DEL ARTÍCULO 65 DEL C.S.T.:En cuanto a la aspiración de la parte actora, de que se aplique la sanción contenida en el parágrafo 1º del artículo 65 del C.S.T., y en consecuencia, se declare que la terminación del contrato no produce efectos por el incumplimiento en la notificación del pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad de los últimos tres meses (pretensión solicitada en la reforma de la demanda, folio 214, reverso), se desestimará tal solicitud como quiera que el órgano de cierre de esta especialidad laboral, ha reiterado, entre otras en la sentencia Radicado No. 42120 de 2013, que el verdadero propósito de dicho precepto normativo, no es el reintegro del trabajador por la ineficacia del despido, sino garantizar el recaudo efectivo de tales aportes con destino a las administradoras del sistema de seguridad social y parafiscales.

**NO HAY RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL MUNICIPIO DE PEREIRA EN LAS OBRAS CONTRATADAS POR MEGABUS:** *“Por otro lado, si el punto se pudiera dilucidar con prescindencia del tantas veces aludido contrato de obra pública, y solo se atendiera el hecho de que el Municipio de Pereira, es el dueño del sistema masivo de Transporte de pasajeros del área metropolitana, por la simple razón de que estaba proyectado a rodar, y en efecto hoy circula por su malla vial, entre otros, dando a entender, que las vías son de dominio de dicho Municipio, amén de que sobre las mismas fue que el actor ejecutó sus labores, es menester despachar negativamente dicha argumentación, por cuanto los Municipios, como los demás entes Públicos, ejercen un derecho de dominio semejante al que ejercen los particulares sobre sus bienes, únicamente en relación con los bienes fiscales (art. 674 C.C.)*

*De tal suerte que, las vías, carreteras, puentes, parques y caminos, son bienes de uso público (art. 674 C.C.), que se encuentran lejos de un dominio focalizado en un solo sujeto titular, así sea éste, un ente público encargado de su mantenimiento y conservación, como son las calles que componen la malla vial de cada Municipio, por lo que no se satisface el enunciado normativo de la calidad de dueño de la obra (art. 34 C.L.), y en consecuencia, se negará ese pedimento”.[[1]](#footnote-1)*

**INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEXACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA:** En cuanto a las pretensiones subsidiarias, se evidencia que éstas corresponden a las peticiones de la demanda principal, mismas que ya fueron resueltas, salvo la que tiene que ver con la indexación de las condenas, frente a lo cual hay que decir que dicha solicitud es incompatible con la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. que también se solicitó en la demanda y a la cual se accedió en esta segunda instancia en virtud del recurso de apelación que interpuso el demandante con ese propósito. Dicha incompatibilidad deriva del hecho de que la indemnización moratoria también actúa como un mecanismo corrector para compensar la desvalorización de la moneda por el pago tardío de las acreencias laborales en favor del trabajador, de modo que acceder a la actualización de las condenas reconocidas, implicaría calcular doblemente el componente inflacionario que afecta el poder adquisitivo del dinero, tal como en reiteradas ocasiones lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL807 de 2013, con radicado No. 39010.

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

#### **SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

En Pereira, a los nueve (9) días del mes de octubre de dos mil diecisiete (2017), siendo las tres y media de la tarde (3:30 p.m.), procede la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MANUEL ANTONIO LOAIZA AGUDELO** contra **CIVAL CONSTRUCTORES LTDA. - HERNANDO GRANADA GÓMEZ** y el **MUNICIPIO DE PEREIRA.**

Se deja constancia que inicialmente la demanda también se propuso contra MEGABÚS S.A.,y se vinculó como llamada en garantía a CONFIANZA S.A. pero dichas entidades fueron desvinculadas del proceso a través del auto que se profirió en audiencia el 26 de noviembre de 2012.

En sesión previa, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó el Magistrado Ponente, el cual corresponde al siguiente,

**S E N T E N C I A**

**I – LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN:**

Pide el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Cival Constructores Ltda. y Hernando Granada Gómez, y la solidaridad del Municipio de Pereira en el pago de las obligaciones laborales que correspondan; en consecuencia pide que se imponga condena por concepto de los salarios adeudados a la fecha de despido, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte; solicita además la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., la indemnización por despido injusto, más la indexación y las costas del proceso.

Sustenta tales peticiones en que fue contratado por los integrantes del Consorcio Megavia 2004, como oficial de construcción desde el 4 de noviembre de 2004 hasta el 19 de marzo de 2005 aproximadamente, para ejecutar la construcción del tramo de corredor para el sistema de transporte masivo Megabús, comprendido entre la Cra. 6ta entre calles 12 y 14 y calle 24 entre carreras 6ta y 7ma; que fue despedido de manera unilateral e injusta el 19 de marzo de 2005; que su salario era de $500.000 quincenales el cual incluía las horas extras que laboraba; que a la fecha de presentación de la demanda no le han sido canceladas las prestaciones sociales y la liquidación a que tiene derecho; que los socios del Consorcio Megavía 2004 celebraron contrato de obra pública con Megabús S.A. para construir los referidos tramos para el funcionamiento del sistema de transporte masivo; que esta última entidad tiene por objeto la elaboración de obras como la que desarrolló el Consorcio; y por último, que se constituyó póliza de garantía única con la compañía aseguradora de fianzas Confianza S.A.

Con posterioridad el demandante presentó reforma de la demanda (folio 213 a 218) en la que con fundamento en los mismos hechos de la demanda principal, previa la declaración de la existencia de trabajo entre él y Hernando Granada Gómez, Cival Constructores Ltda. y Cesar Baena García (integrantes del consorcio Megavia 2004) y la solidaridad existente entre esta última y los codemandados Megabus S.A y el Municipio de Pereira, solicitó las siguientes pretensiones principales: i) que se deje sin efecto la terminación del contrato y se obligue al empleador a pagar los salarios y demás emolumentos propios de su empleo hasta la fecha, y como consecuencia de ello se le condene por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, seguridad social, lo concerniente por vestido labor, subsidio de transporte, los salarios correspondientes al periodo comprendidos desde la terminación unilateral del contrato y hasta el cumplimiento del fallo, más la indexación y las costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó las mismas que había pedido en la demanda principal.

Del lado pasivo, los codemandados Hernando Granada Gómez y el representante legal de Cival Constructores Ltda., vinculados por intermedio de curadora ad-litem, allegaron escrito de contestación indicando que se oponen a las pretensiones y se atienen a las resultas del proceso, sin proponer excepciones.

El Municipio de Pereira contestó la demanda manifestando que existió un rompimiento del nexo causal, pues no existió con él contratación para la realización de la obra, ni existe contrato entre el municipio de Pereira y Megabus, ni entre el municipio de Pereira y Megavia. Propuso las excepciones de fondo denominadas “falta de reclamación administrativa”, “ineptitud de demanda por falta de requisitos formales”, “falta de legitimación por pasiva”, “cobro de lo no debido”, “rompimiento del nexo causal entre el hecho imputado y el daño”.

Como se anticipó inicialmente, la demanda y su reforma también se interpusieron contra MEGABÚS S.A.y se vinculó como llamada en garantía a CONFIANZA S.A. pero dichas entidades fueron desvinculadas del proceso, razón por la cual no hay necesidad de referirse a las contestaciones de la demanda que en su momento presentaron dichas entidades.

**II- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

La falladora de primera instancia declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y Hernando Granada y Cival Constructores Ltda., desde el 4 de noviembre de 2004 hasta el 5 de febrero de 2005. Impuso condena por valor de $643.024,87, por concepto de prestaciones sociales y vacaciones. Negó las demás pretensiones contenidas en la demanda. Por último condenó a los demandados a cancelar en favor del demandante las costas del proceso en un 70 %.

Para llegar a esa determinación, manifestó la operadora judicial que a pesar de que el material probatorio es mínimo respecto a la existencia del contrato de trabajo, a folio 252 obra la afiliación al Sistema de Seguridad Social del demandante, que hizo el consorcio Megavia 2004 para el periodo del 28 de octubre de 2004 hasta el 5 de febrero de 2005, así como también la declaración del testigo Hermel Antonio Herrera, quien indicó que tuvo la oportunidad de compartir con el demandante cuando cumplía sus funciones, pruebas que le permitieron dar aplicación al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y determinar la fecha de inicio y finalización del contrato. Indicó que las afiliaciones de los trabajadores se tienen que hacer antes de que inicie el contrato, por lo que tomó la mencionada por el demandante y por el testigo para determinar la fecha de inicio (4 de noviembre), en tanto que respecto de la fecha de finalización tomó la plasmada en la afiliación al Sistema de Seguridad Social (5 de febrero de 2005), pues el testigo refiere que salió de trabajar antes que el demandante y no existe otra prueba que acredite que laboró hasta el 19 de marzo de 2005.

Frente a los pedidos económicos no satisfechos durante la vigencia del contrato ni a su terminación, indicó que la ausencia absoluta de documentos que reflejen los pagos y la manifestación del testigo de que al demandante no le habían pagado, quedó demostrado que el trabajador devengó un salario de $1.000.000 mensuales, en cuyo valor quedaba incluido el pago de las jornadas adicionales y el auxilio de transporte.

Con respecto a la indemnización por despido injusto, la jueza manifestó que el demandante descuidó su carga probatoria, toda vez que no allegó documento alguno ni prueba testimonial que acreditara las razones por las cuales se vio obligado a renunciar, razón por la cual no podía hablarse de responsabilidad en la parte empleadora.

Seguidamente, se refirió a la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, indicando que no se puede aplicar a todos los casos, y que tiene que quedar plenamente acreditado que los empleadores no quisieron pagar burlando los derechos del trabajador, y como quiera que al revisar el material probatorio no pudo advertir que existiera mala intención de los demandados, la sola afirmación indefinida realizada por el demandante no era suficiente para imponer esa sanción.

Respecto a la responsabilidad solidaria que se le atribuye al Municipio de Pereira, hizo énfasis en la escritura pública 1994 del 19 de agosto de 2003, donde se constituyó la sociedad por acciones, Megabus S.A, entre cuyos sus socios se encuentra el Municipio de Pereira con una participación de 54,99%. Indicó que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, impone esa responsabilidad única y exclusivamente al dueño o beneficiario de la obra, y que esa atribución es de la sociedad Megabus S.A quien fue establecida para ello, por lo que no se puede desplazar toda la responsabilidad a uno de los socios, condición con la que cuenta el Municipio dentro de la sociedad contratante, aspecto que ha sido decantado por la Sala Laboral, en la sentencia del 25 de febrero de 2016 con ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares , bajo radicación 66001-31-05-004-2009-00161-02.

**III - RECURSO DE APELACIÓN:**

El demandante presentó el recurso de alzada con el propósito de que se revoque parcialmente la decisión. La fundamentación de la apelación la dividió en dos partes: una dirigida a solicitar un lenguaje mesurado por parte de la jueza de instancia y la otra de cara al fondo del asunto.

**Primera parte:** Manifestó inconformidad respecto a las calificaciones hechas por la Jueza en el fallo apelado, indicando que la Corte Constitucional exige precisión en los argumentos utilizados por el juez y las partes en un litigio, con el ánimo de que el lenguaje no ocasione detrimento en la imagen o de manera irresponsable afecten el prestigio de quienes intervienen en un proceso. Agrega que en la decisión apelada se encuentran afirmaciones que afectan de manera negativa la apreciación que se pudiera hacer de la intervención del apoderado de la parte demandante lo cual amerita una recomendación por parte del Tribunal para que en casos posteriores se utilice un lenguaje mesurado.

Señaló que la jueza incurrió en varios desatinos y a partir de allí descalificó su labor como apoderado judicial en el proceso, indicando su desacuerdo con las siguientes apreciaciones:

* *“…iniciaremos entonces con el aspecto referido a la existencia del vínculo contractual, precisándose que el material probatorio allegado es supremamente mínimo…”*
* *“… de paso sea dicho, no pueden ser liquidadas con apoyo en la ley 446 de 1998 como lo indicó la parte demandante pues esa norma no es aplicable en el sector privado…”*
* *“debemos acoger los postulados contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo de manera, exclusiva que en el caso concreto corresponde al artículo 249 que no el 310 mencionado en la demanda.”*

**Segunda parte:** Seguidamente sustentó la apelación en contra de la decisión de primera instancia, iniciando con la inconformidad por no haberse condenado al pago del subsidio de transporte, indicando que la redacción de la jueza es incomprensible por el silogismo que pretende acuñar, pues infiere, con base a la buena fe, que si el empleador pagaba horas extras seguro pagaba el subsidio de transporte. Manifestó que la Jueza sin ninguna prueba en el expediente, desechó lo informado en el acápite de los hechos y negó la petición.

Frente a la negativa de la indemnización por despido injusto indicó, que no entiende en que prueba se apoyó la Jueza para afirmar que el demandante no probó el hecho de que se vio sometido a presentar renuncia, cuando ello jamás fue invocado por el trabajador, ya que respecto a la terminación de la relación laboral, indicó en la demanda (hecho quinto) y en la reforma de la demanda (hecho tercero), que se dio por despido de manera unilateral e injusta. Agregó que si no se advierte causal que justifique la terminación del contrato de trabajo, cuya carga probatoria le corresponde a la parte demandada, se debe deducir un despido sin justa causa.

Respecto a la negativa de condenar al pago de la indemnización moratoria que se apoyó en que le correspondía al demandante probar la mala fe del empleador, argumentó que la Jueza desdibuja el precedente judicial que ha trazado tanto la Corte Constitucional como la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira respecto al tema, pues no cumplió con la carga argumentativa para no seguir con la línea decantada. Expresó que se es inaceptable que solicite una prueba que esta por fuera de la normativa, pues pretende la Jueza que el trabajador pruebe las razones que tuvo el empleador para no pagar lo que por obligación debía, asunto que encuentra imposible, amén de que tampoco explicó en qué consistió la omisión probatoria.

Por otra parte, dice el apelante que la Jueza no se pronunció respecto a la sanción contemplada normativamente por el no pago de la seguridad social, artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual *“la terminación del contrato no produce efecto”*, indicando que en acápite de los hechos de la reforma de la demanda en el numeral sexto, expresó que el consorcio Megavia 2004 adeuda al demandante las prestaciones sociales, y no se probó en el transcurso del proceso que el empleador haya efectuado dichos pagos, salvo algunos meses incompletos de riesgos profesionales. En consecuencia solicitó dejar sin efectos la terminación del contrato.

Con relación a la negativa de declarar la solidaridad solicitada respecto al Municipio de Pereira, bajo el argumento de que no se puede demandar a Megabús y al municipio conjuntamente, por ser este último accionista del primero; indicó que en el asunto el Municipio de Pereira fue convocado en su condición de dueño y beneficiario de la obra, no como socio de Megabús como erróneamente lo infiere la Operadora Judicial, tal como se constata en el encabezado de la demanda en su parte final y en el acápite de los hechos, numeral décimo primero. Explicó que el tema de solidaridad no aplica de manera irrestricta, esto es, que no basta con que lo contratado se relacione con el objeto social del beneficiario o dueño de la obra, sino que es necesario que se evidencie que la labor desarrollada por el trabajador es de las que normal o comúnmente desarrolla en aras de materializar su objeto social. Y como quiera que el Municipio de Pereira es propietario de la malla vial de la ciudad y una de sus funciones permanentes u ordinarias es la de construir las vías indispensables para el tránsito de los habitantes de la ciudad, según lo establece el artículo 3 de la ley 136 de 1994, numeral 2 (*”Ordenar el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal”*), en el presente caso se cumple con el contenido del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente solicitó que se estudie cada una de las pretensiones principales y subsidiarias de la reforma de la demanda que no analizó la Jueza Tercera Laboral del Circuito.

**IV. PROBLEMAS JURÍDICOS:**

De acuerdo a la sentencia de primera instancia y los fundamentos de la apelación, el asunto ofrece los siguientes problemas jurídicos:

* ¿Hay lugar a modificar el fallo de primera instancia con fundamento en la inconformidad del apelante frente las calificaciones que hizo la jueza de instancia en la parte considerativa de esa providencia?
* ¿Hay lugar al pago del auxilio de transporte en favor del trabajador?
* ¿Hay lugar a imponer condena a título de indemnización por despido injustificado?
* ¿Se probó en el proceso que el empleador actuó de buena fe y que por esa razón no hay lugar a la condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del C. S. del T.?
* ¿Es procedente dejar sin efecto la terminación del contrato de trabajo, al tenor de lo preceptuado en el parágrafo 1º del artículo 65 del C.S.T.?
* ¿Es responsablemente solidario el Municipio de Pereira frente a las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones derivadas de la relación laboral sostenida entre el demandante y Cival Constructores Ltda., y Hernando Granada Gómez?
* ¿Omitió la jueza de primera instancia analizar cada una de las pretensiones principales y subsidiarias de la reforma de la demanda?
* ¿Procede la indexación de las acreencias laborales reconocidas, cuando se condena al pago de la indemnización moratoria?

**V – CONSIDERACIONES**

**5.1. DE las calificaciones hechas por la jueza de instancia en la parte considerativa del fallo apelado:**

Se duele el apoderado judicial del demandante de algunas frases dichas por la jueza de primer grado en su sentencia, que según el togado resultan descalificantes de su trabajo como mandatario, solicitando *“una recomendación del tribunal para que en casos posteriores se utilice un lenguaje mesurado, que no deje traslucir sentimientos impropios hacia un togado”,* toda vez que en su sentir la jueza de primer grado incurrió en algunas imprecisiones de las cuales se valió para dejar en el ambiente *“el aroma de falta de representación técnica”* de su parte, cuando en realidad los desatinos fueron de ella. Específicamente se queja de las siguientes frases:

*“…iniciaremos entonces con el aspecto referido a la existencia del vínculo contractual, precisándose que el material probatorio allegado es* ***supremamente*** *mínimo…”*

Dice el apoderado que no entiende dicha apreciación toda vez que existe la presunción (que es prueba), prueba testimonial y documental al respecto, pero además un comportamiento omisivo y desobligante de los demandados que no fue valorado por la jueza de primer grado.

La segunda y tercera frase que en sentir del abogado denigra de la representación técnica que realizó en favor del demandante, rezan lo siguiente:

*“… de paso sea dicho, no pueden ser liquidadas con apoyo en la ley 446 de 1998 como lo indicó la parte demandante pues esa norma no es aplicable en el sector privado…”*

*“… Debemos acoger los postulados contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo de manera, exclusiva que en el caso concreto corresponde al artículo 249* ***que no el 310 mencionado en la demanda.****”*

Respecto del primer párrafo, alega el abogado que jamás se pidió que se liquidaran las prestaciones con fundamento en la ley 446 de 1998 sino que la liquidación de esos emolumentos se indexen conforme se indica en el artículo 16 de esa ley.

Y con respecto al segundo, afirma el togado que su fundamentación normativa tiene su razón de ser en que el demandante es un obrero que realizó funciones de construcción, a quienes para la liquidación de las cesantías se aplica los artículos 309 y 310 del Código Sustantivo del Trabajo.

Pues bien, frente a tales reclamos, debemos empezar por decir que no constituyen en estricto rigor jurídico, una inconformidad que amerite la modificación de la sentencia de primera instancia, y si bien esta Sala reconoce que el abogado tiene razón cuando afirma que los estrados judiciales deben ser territorios de paz, no es esta instancia la competente para calificar el lenguaje utilizado por la jueza sino la jurisdicción disciplinaria, amén de que tampoco encontramos la necesidad de compulsar copias contra aquella, como quiera que los errores en los que ciertamente incurrió en su fallo respecto a esos precisos puntos de la fundamentación jurídica de la sentencia *-y que fueron visibilizados por el togado en su recurso de apelación-*, no tienen la fuerza suficiente

para decir que afectó la dignidad y la competencia jurídica del apoderado de la parte demandante.

**5.2. DEL PAGO DEL AUXILIO DE TRANSPORTE:**

Respecto a este rubro, recordemos que el subsidio de transporte se paga a quien devengue hasta dos salarios mínimos mensuales (artículo 127 del Código Sustantivo del   
Trabajo), salvo cuando el trabajador no debe incurrir en gasto alguno para transportarse entre su casa y la empresa, ya sea porque vive cerca de la empresa o porque la empresa le suministra el transporte. Otro aspecto importante para determinar el derecho al auxilio de transporte, tiene que ver con la remuneración del trabajo extra o suplementario, debido a que si el trabajador supera los dos salarios mínimos por cuenta de estos conceptos, no por ello pierde el derecho al auxilio de transporte, ya que este aplica para la remuneración correspondiente a la [jornada laboral ordinaria](https://www.gerencie.com/jornada-laboral-ordinaria.html).

En el presente caso, se dice en los hechos de la demanda (y se repite en la reforma de la demanda) que el actor devengó un promedio quincenal de $500.000 cantidad que se mantuvo con variaciones en razón a las horas extras que incrementaron de manera constante el valor pactado, pero desafortunadamente no se discriminó ni se probó cuál fue el valor pactado y cuál el valor por horas extras, de manera que como quiera que lo devengado supera los 2 salarios mínimos legales mensuales para el año 2005 *–que fue de $381.500-* no hay lugar a liquidar el subsidio de transporte porque se desconoce si el demandante ganó hasta dos salarios mínimos mensuales y el excedente correspondía a horas extras. Por lo tanto no sale avante este punto e la apelación.

**5.3. DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO:**

En lo referente a la indemnización por despido injusto contenida en el artículo 64 del C.S.T., la jurisprudencia nacional ha sido pacífica al indicar que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido, o que fue decisión del empleador romper unilateralmente el contrato de trabajo, al paso que la carga de la prueba recae sobre éste último, en el sentido de que debe desplegar toda su actividad probatoria con el fin de acreditar que el despido se produjo atendiendo una justa causa.

Descendiendo al caso concreto, lo primero que debe advertirse es que efectivamente la parte demandante jamás afirmó que se vio obligado a renunciar, como lo sostiene la primera instancia, sino que el contrato se terminó en forma unilateral por parte del patrono, de modo que corresponde a la Sala analizar, en primer lugar, si el trabajador probó el despido y una vez probado éste, entrará a verificar si el empleador probó una justa causa.

Sobre el hecho del despido, no existe prueba documental o testimonial ni de otra índole que demuestre tal cosa, pues el único testigo que acudió al proceso, Señor HERMEL ANTONIO HERRERA, manifestó que si bien le consta la fecha de inicio de la relación laboral trabada entre las partes porque fue compañero de trabajo del demandante, desconoce la fecha de terminación y/o las causas que lo motivaron, pues el testigo salió antes, mientras que el trabajador se quedó en la obra.

Lo anterior releva a la Sala del análisis probatorio de la causa del despido y conlleva a la confirmación de la sentencia de primera instancia sobre este punto, pero por razones diferentes.

**5.4. DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO:**

De acuerdo con las orientaciones jurisprudenciales del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por el no pago o por cancelación extemporánea o incompleta de los salarios y prestaciones sociales, no es de aplicación automática ni inexorable puesto que el operador judicial, antes de fulminar condena, debe indagar si la conducta desplegada por el empleador para omitir o retardar el reconocimiento de las acreencias laborales estuvo revestida de buena fe patronal. También ha sido pacífica la posición de la Alta Corte respecto a que la carga probatoria para exonerarse de la sanción moratoria recae en el empleador y no en el trabajador, como erradamente lo afirma la jueza de instancia, pues al demandante apenas le corresponde probar que no le pagaron sus prestaciones sociales, o que se hizo en forma incompleta o tardíamente.

Sobre el punto, el demandante alegó en su demanda que al finalizar el contrato de trabajo no le pagaron sus prestaciones y demás derechos adquiridos, constituyendo esa frase una negación indefinida que invertía la carga de la prueba en el empleador, quien se abstuvo de probar el pago completo y a tiempo, como efectivamente lo concluyó la jueza de instancia. En consecuencia, como quiera que en el expediente no se observa una conducta apegada a los lineamientos de la buena fe por parte del empleador, amén de que evadió las responsabilidades laborales para con su trabajador y no estuvo presto a afrontar el litigio, tal actuación debe penarse en la forma establecida por el legislador en el artículo 65 del Estatuto del Trabajo, a partir de la desvinculación hasta el pago total de la obligación. Ahora como quiera que el trabajador, de acuerdo a la sentencia objeto de apelación, para el año 2005 devengó más de dos salarios mínimos, específicamente $1.000.000 mensuales, decisión que no fue apelada, la liquidación de la indemnización moratoria corresponde a un día de salario por cada día de retardo durante los primeros 24 meses y a partir del mes 25 se deberán intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, liquidados sobre las sumas adeudadas hasta el pago total de la obligación. En ese orden de ideas, los 24 primeros meses equivalen a $24.333.380,80 a razón de $33.333,33 pesos diarios desde el 6 de febrero de 2005 hasta el 5 de febrero de 2007.

En consecuencia se revocará la sentencia apelada en este punto.

**5.5. DE LA APLICACIÓN DEL PARÁGRAFO 1º DEL ARTÍCULO 65 DEL C.S.T.**:

En cuanto a la aspiración de la parte actora, de que se aplique la sanción contenida en el parágrafo 1º del artículo 65 del C.S.T., y en consecuencia, se declare que la terminación del contrato no produce efectos por el incumplimiento en la notificación del pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad de los últimos tres meses (pretensión solicitada en la reforma de la demanda, folio 214, reverso), se desestimará tal solicitud como quiera que el órgano de cierre de esta especialidad laboral, ha reiterado, entre otras en la sentencia Radicado No. 42120 de 2013, que el verdadero propósito de dicho precepto normativo, no es el reintegro del trabajador por la ineficacia del despido, sino garantizar el recaudo efectivo de tales aportes con destino a las administradoras del sistema de seguridad social y parafiscales, razón por la cual la susodicha sanción adquiere otra connotación regulada en la misma norma. Dijo la Corte en la citada sentencia:

*“Ahora, el Parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que modificó el 65 del C.S.T., no contempla el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, tan es así, que la norma consagra el pago posterior de las cotizaciones, dado que su finalidad no es otra que la de garantizar el pago oportuno de los aportes de seguridad social y parafiscales.*

*(…)*

*En ese orden, el bien jurídico protegido es la viabilidad del sistema de seguridad social integral, teniendo especial cuidado en no debilitar al SENA, al ICBF y a las CAJAS DE COMPENSACIÓN y por ello se incluyó en el Parágrafo 1° del artículo 65 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, el estado de pago de las cotizaciones por* ***parafiscalidad****, por su significación social, lo que descarta que tal protección se encamine a la estabilidad en el empleo, por el contrario, lo consagrado por la norma tiende a la coerción como mecanismo para la viabilidad del sistema, precisamente con lo que podría denominarse como “sanción al moroso”. (Negrillas del texto original de la providencia).*

**5.6. DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL MUNICIPIO DE PEREIRA FRENTE A LAS CONDENAS IMPUESTAS AL EMPLEADOR:**

En cuanto a la solidaridad que en este caso se discute, es preciso indicar que ésta tiene su fundamento legal en el artículo 34 del Estatuto Laboral, norma que fija que en caso de que el contratante dueño o beneficiario de la obra, adelante ordinariamente funciones iguales a las que adelanta el trabajador vinculado por medio de un contratista independiente, será responsable solidario de las acreencias laborales e indemnizaciones que éste no cancele.

Contrario sensu, si esas labores ejecutadas por el contratista, pese a constituir una necesidad propia de la contratante, son apenas extraordinarias, no permanentes, ajenas o extrañas al objeto desarrollado según los estatutos por la contratante, no derivaran en la obligación de responder solidariamente por las obligaciones contraídas laboralmente por su contratista.

En palabras de la Corte, esa correlación indirecta entre los objetos, no es suficiente para considerar que la labor ejecutada por el trabajador sea inherente al negocio de la beneficiaria o dueña de la obra, puesto que no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, para que opere la solidaridad, *“sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico*”, tal como lo explicó en la sentencia del 10 de octubre de 1997, radicado 9881, reiterada en sentencia No. 49730 de 2016.

En efecto, ha puntualizado esa alta Corporación, que para la determinación de la solidaridad, ha de confrontarse con el objeto económico o social del beneficiario de la obra, no solo, el objeto social del contratista, sino también la actividad específica desarrollada por el trabajador. Sobre este particular, la sentencia de 2 de junio de 2009, radicación 33082, de ese máximo órgano, sostiene, que juega “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, (el trabajador) adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado*”.

Y la razón de lo antedicho reside, en que *“lo que persigue la ley con el mecanismo de solidaridad es proteger a los trabajadores frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratistas con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral. Esta situación por tanto no se presenta en el caso de que el dueño de la obra requiera de un contratista independiente para satisfacer una necesidad propia pero extraordinaria de la empresa”.*

Aplicando el precedente anterior al caso bajo estudio, en orden a definir la solidaridad del Municipio de Pereira, aduce el apelante que la jueza de primer grado negó dicha solidaridad porque en su análisis consideró al Municipio de Pereira como socio de Megabus en tanto que en la demanda se vinculó al Municipio como como dueño y beneficiario de la obra, toda vez que es propietario de la malla vial de la ciudad y una de sus funciones permanentes u ordinarias es la de construir las vías indispensables para el tránsito de los habitantes de la ciudad.

Como quiera que este punto ya ha sido analizado por esta Corporación en la que se consideraron los mismos argumentos, conviene traer a colación dicho precedente que en lo pertinente rezó:

*“Frente a la solidaridad del Municipio de Pereira, bajo el argumento de ser el “propietario de la malla vial”, son dos los análisis que se deben elaborar, en orden a desatar la alzada. Lo primero que se debe despejar concierne al contexto en que se debe apreciar lo de la solidaridad del dueño o beneficiario de la obra, esto es, si se inscribe en el marco del contrato de obra pública que suscribieron sus partes, o si su análisis desborda ese marco hasta comprometer a sujetos, como el Municipio de Pereira, que no firmaron ese convenio. Lo segundo, atañe a la calidad de dueño de las vías, en la medida en que ello pueda contribuir al análisis de la solidaridad por este aspecto.*

*En lo tocante al primer asunto, su respuesta se circunscribe en el marco que ofrece el contrato de obra pública, que celebraron Megabús, como contratante, beneficiario y dueño de la obra, e Insco Ltda., como contratista, a la sazón empleador del demandante, por cuanto no sería lógico, que definido como quedó arriba, que la condena a título de solidaridad, recae en el contratante Megabús, se pudiera presentar otro sujeto, contra quien se pudiera argüir una condena igual, por razones que no se explican en el citado contrato de obra pública, mas como se expusiera que la creación de Megabús, se justificó como un ente autónomo e independiente a los Municipios y a la Nación que concurrieron a su constitución, y a los cuales está dirigida la prestación del servicio masivo de transporte de pasajeros, puesto que si le asistiera razón al recurrente, en la misma medida pudieran ser demandados como solidarios, los Municipios de La Virginia y Dosquebradas, así como la Nación, sin embargo, ello obedece a una mala apreciación del demandante, al punto de confundir a la sociedad anónima, con sus socios, olvidando que acorde con los alcances del artículo 98 del Código de Comercio, la sociedad legalmente, constituida es diferente a los socios individualmente considerados.*

*Ahora bien, si se escindiera por un lado, la calidad de beneficiario, y por el otro, de dueño de la obra, como efectivamente lo prevé el artículo 34 del C.L., al extremo de que por fuera del contrato de obra pública, gravitara el dueño que no concurrió a la celebración del contrato de obra pública, la arista de la problemática seria la misma, en tanto, que los socios de Megabús, entre ellos el Municipio de Pereira, hacen presencia en el sistema masivo de transporte de pasajeros del área metropolitana centro occidente, empero, por conducto de la empresa a la que concurrieron a la constitución.*

*Por otro lado, si el punto se pudiera dilucidar con prescindencia del tantas veces aludido contrato de obra pública, y solo se atendiera el hecho de que el Municipio de Pereira, es el dueño del sistema masivo de Transporte de pasajeros del área metropolitana, por la simple razón de que estaba proyectado a rodar, y en efecto hoy circula por su malla vial, entre otros, dando a entender, que las vías son de dominio de dicho Municipio, amén de que sobre las mismas fue que el actor ejecutó sus labores, es menester despachar negativamente dicha argumentación, por cuanto los Municipios, como los demás entes Públicos, ejercen un derecho de dominio semejante al que ejercen los particulares sobre sus bienes, únicamente en relación con los bienes fiscales (art. 674 C.C.)*

*De tal suerte que, las vías, carreteras, puentes, parques y caminos, son bienes de uso público (art. 674 C.C.), que se encuentran lejos de un dominio focalizado en un solo sujeto titular, así sea éste, un ente público encargado de su mantenimiento y conservación, como son las calles que componen la malla vial de cada Municipio, por lo que no se satisface el enunciado normativo de la calidad de dueño de la obra (art. 34 C.L.), y en consecuencia, se negará ese pedimento”.[[2]](#footnote-2)*

Con fundamento en lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia aunque por razones distintas.

**5.8. DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA.- INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS Y LA INDEMNIZAIÓN MORATORIA:**

Revisadas las peticiones de la reforma de la demanda, encuentra esta Corporación que la pretensión principal que era la de que se deje sin efecto la terminación del contrato de trabajo en aplicación del parágrafo 1° del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ya fue resuelta en precedencia, y como quiera que se negó, no hay lugar a analizar todas las que se derivaban de aquella (folio 215).

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, se evidencia que éstas corresponden a las peticiones de la demanda principal, mismas que ya fueron resueltas, salvo la que tiene que ver con la indexación de las condenas, frente a lo cual hay que decir que dicha solicitud es incompatible con la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. que también se solicitó en la demanda y a la cual se accedió en esta segunda instancia en virtud del recurso de apelación que interpuso el demandante con ese propósito. Dicha incompatibilidad deriva del hecho de que la indemnización moratoria también actúa como un mecanismo corrector para compensar la desvalorización de la moneda por el pago tardío de las acreencias laborales en favor del trabajador, de modo que acceder a la actualización de las condenas reconocidas, implicaría calcular doblemente el componente inflacionario que afecta el poder adquisitivo del dinero, tal como en reiteradas ocasiones lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL807 de 2013, con radicado No. 39010.

En consecuencia, se denegará la indexación de las condenas.

**5.9. CONCLUSIÓN:**

Con fundamento en lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia objeto de apelación en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la indemnización moratoria y se confirmará en lo demás aunque por razones distintas a las esgrimidas por la jueza de instancia.

Sin lugar a costas en esta instancia por haber prosperado el recurso parcialmente. La condena en costas en primera se aumentan en un 80% a cargo de HERNANDO GRANADA GÓMEZ Y CIVAL CONSTRUTORES LTDA.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda), Sala de Decisión Laboral No. 1, administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

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

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia objeto de apelación por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En consecuencia se **CONDENA** a HERNANDO GRANADA GÓMEZ Y CIVAL CONSTRUTORES LTDA. en calidad de empleadores a pagar en favor de MANUEL ANTONIO LOAIZA AGUDELO a título de la indemnización moratoria del artículo 65 del C. S. del T., las siguientes sumas: a) $24.333.380,80 a razón de $33.333,33 pesos diarios desde el 6 de febrero de 2005 hasta el 5 de febrero de 2007, periodo que equivale a 24 meses. b) A partir del mes 25, esto es, desde el 6 de febrero de 2007, los citados demandantes deberán pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, liquidados sobre las sumas adeudadas hasta el pago total de la obligación.

**TERCERO:** **MODIFICAR** el numeral quinto de la parte resolutiva del fallo atacado, en el sentido de aumentar la condena en costas de primera instancia a un 80% a cargo de los citados demandados y en favor del demandante.

**CUARTO:** **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada Ponente,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

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

1. Sentencia de Segunda Instancia, 6 de abril de 2017, Radicación No 66001-31-05-004-2009-00407-04, Proceso Ordinario Laboral, Demandante: Carlos Augusto Jiménez Matallana, Demandado: Megabús S.A. y otros; Magistrado Ponente Francisco Javier Tamayo Tabares. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia de Segunda Instancia, 6 de abril de 2017, Radicación No 66001-31-05-004-2009-00407-04, Proceso Ordinario Laboral, Demandante: Carlos Augusto Jiménez Matallana, Demandado: Megabús S.A. y otros; Magistrado Ponente Francisco Javier Tamayo Tabares. [↑](#footnote-ref-2)