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.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Asunto: Sentencia – 2ª instancia y Consulta – 14 de febrero de 2017

Proceso: Ordinario Laboral (ley 712) – Confirma y modifica sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones

Radicado No: 66001-31-05-005-2010-00355-01 acumulado al

 66001-31-05-005-2010-00354-01

Demandante: José Julián García Londoño y otros

Demandado: Cubides y Muñoz Ltda, Lavicon s.a.s. (antes lavicon ltda) y Edgar A. Castro Lizarralde (miembros del Consorcio Progreso Risaralda), Instituto Nacional De Vías –Invías- y Luís Waldir Garcés Serna.

Llamado en Garantía: Compañía de Seguros Generales en liquidación forzosa Cóndor S.A.

**Tema: CONTRATO DE TRABAJO, CARGA PROBATORIA, SOLIDARIDAD Y CONTRATO DE SEGUROS.**

En Pereira, Risaralda, a los catorce (14) días del mes de febrero del año dos mil diecisiete (2017), siendo las tres y treinta de la tarde (3:30 p.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver los recursos de apelación interpuestos por 5 de los demandantes, dos de los demandados y el llamado en garantía y el grado jurisdiccional de consulta respecto a los demandantes Jesús Antonio López Galindo, Jorge Luis Loaiza Giraldo, Héctor Diego Zapata e INVIAS frente a la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, el 21 de julio de 2015, dentro de los procesos acumulados que promueven señores Andrés Felipe Jaramillo Toro, Asdrúbal De Jesús Murillo Jaramillo, Carlos Andrés Garcés Serna, Carlos Arturo Gómez González, Fernando Castañeda Estrada, Héctor Fabio Jaramillo Toro, Jesús Antonio López Galindo, Jorge Luís Loaiza Giraldo, José Ariel Pulido Gereno, José Leonel Guevara Valencia, Nolberto Grisales, Graciel Enrique Ospina, Héctor Diego Zapata Galindo, Antonio José Sánchez Arenas, Bairo Perea Maturana, Edilson Cardona Betancurt, Fabio Giraldo Orozco, Jaen Alejandro Bedoya Pérez, Joany Cardona Osorio, José Antonio Orrego Arenas, José Gabriel Cipagauta Vargas, José Julián García Londoño, Miguel Antonio Jiménez Guasca, Norberto Villa Montes, Oscar De Jesús Sánchez Arenas Y William Grisales González en contra de las sociedades CUBIDES Y MUÑOZ LTDA, LAVICON S.A.S. (antes LAVICON LTDA), Edgar A. Castro Lizarralde (miembros del CONSORCIO PROGRESO RISARALDA); el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVIAS- y Luís Waldir Garcés Serna. Donde obra como llamado en garantía CONDOR S.A. Radicados 66001-31-05-005-2010-00354-01 y 66001-31-05-005-2010-00355-01.

Previo a entrar en materia, se ordena la incorporación de la prueba allegada en virtud del decreto oficioso ordenado en audiencia del pasado 31/01/2017, por lo que es esta la oportunidad para ponerla en conocimiento de las partes, pero como las mismas no asistieron a este acto, deberán asumir las consecuencias que se ello se generen.

La sentencia que se inserta corresponde a los siguientes términos, conforme con lo discutido y aprobado por unanimidad.

#### **ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de las demandas y sus contestaciones**

Solicitan los demandantes se declare que entre ellos, como trabajadores, y el señor Luís Waldir Garcés Serna, como empleador, existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, que terminó por causa imputable al empleador; como consecuencia se le condene al pago de las acreencias laborales, causadas en razón de estos vínculos laborales, como se discriminan en las demandas.

Aunado a lo anterior, aspiran se declaren deudores solidarios respecto de las obligaciones laborales que se reclaman, a CUBIDES Y MUÑOZ LTDA, LAVICON S.A.S., el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, y el señor Edgar a. Castro Lizarralde.

Fundamentan sus pretensiones en que el Consorcio Progreso Risaralda, integrado por las sociedades Cubides y Muñoz Ltda. y Lavicon S.A.S. –antes Lavicon Ltda-, y el señor Edgar Alonso Castro Lizarralde, suscribió con el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- el contrato de obra No. 1589 del 8 de septiembre del año 2005, cuyo objeto fue el diseño, reconstrucción, pavimentación y repavimentación de algunas carreteras del Departamento de Risaralda.

Para ejecutar parte de dicho contrato, el consorcio subcontrató al señor Luís Waldir Garcés Serna, a través del contrato civil de obra No. 011; quien a su vez vinculó a los actores, mediante contratos de trabajo verbales a término indefinido, en las fechas relacionadas en las demandas, quienes ejecutaron la labor de forma personal de lunes a viernes, de 7 a.m. a 5 p.m., con una hora de descanso al medio día y el día sábado hasta las 2 p.m.; acatando las órdenes dadas por su empleador.

Agregan, que los contratos fueron terminados unilateralmente por causa imputable al empleador el 15-05-2010, adeudándoseles prestaciones sociales, vacaciones, a algunos salarios y aportes al Sistema de Salud y Pensiones.

Notificados los demandados, al contestar las demandas aceptaron el contrato suscrito entre el consorcio con “INVÍAS”, así como no constarles los contratos laborales celebrados con los demandantes, a pesar de aceptarse la subcontratación con el señor Luís Waldir Garcés Serna; a excepción de Invías, quien dijo no constarle; razón por la cual se opusieron a las pretensiones y formularon excepciones de mérito de pago, prescripción, falta de legitimación el señor Garcés Serna, amparado por pobre; inexistencia de la obligación, inoponibilidad, cobro de lo no debido, falta de legitimación , buena fe patronal e ineptitud sustantiva de la demanda por acción indebida, Invías e inexistencia de la solidaridad laboral y cobro de lo no debido, los integrantes del Consorcio.

Por otro lado, Invías y los integrantes del consorcio llamaron en garantía a la compañía de Seguros Generales S.A. Cóndor S.A; con fundamento en la póliza 250133771 expedida el 8-09-2005; que ampara los riesgos correspondientes a: pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que se causen con ocasión del contrato No. 1589 de 2005.

**Seguros Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales,** se opuso a las pretensiones de la demanda; al igual que manifestó que no le constan los hechos de la demanda y propuso la excepción de mérito denominada *“prescripción”*.

Con relación al llamamiento en garantía indicó que era cierta la existencia de la póliza, que se rige por las condiciones generales y particulares del texto de la misma, pero solo cubre al beneficiario o asegurado por el incumplimiento de las obligaciones del tomador, esto es, nacidas en la vinculación entre los demandantes y el consorcio y que dicha relación se desarrolle en la ejecución del contrato garantizado con la póliza; y agregó, que en las condiciones generales no se consagra el pago de las indemnizaciones por retraso del empleador en el pago de acreencias laborales, ella solo está a cargo del empleador. De otro lado afirmó que el asegurado no hizo reclamó a la aseguradora siendo su deber. Propuso como excepciones de mérito la “inexistencia de obligación a cargo de la aseguradora”, “cobro de lo no debido”, “imposibilidad de proferir fallo respecto del contrato de seguro”, “ausencia de cobertura” y la “innominada o genérica”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El juzgado declaró que entre el señor Luis Waldir Garcés Serna, como empleador y 18 de los demandantes, a excepción de Jesús Antonio López Galindo, Jorge Luis Loaiza Giraldo, Héctor Diego Zapata, Graciel Enrique Ospina, José Gabriel Cipagauta, Bairo Perea Maturana, Jean Alejandro Bedoya Pérez y Miguel Antonio Jiménez Guasca, existieron contratos de trabajo a término indefinido por los lapsos expuestos en la demanda y lo condenó, así como a las sociedades CUBIDES Y MUÑOZ LTDA, LAVICON S.A.S., y EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE, integrantes del CONSORCIO PROGRESO RISARALDA y al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –INVIAS-, como solidariamente responsables, a pagar dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el valor de las acreencias laborales solicitadas en los libelos, incluidas las indemnizaciones por mora en el pago de estas y despido sin justa causa; pero declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de los derechos causados antes del 1-12-2007, excepto de las vacaciones y las cesantías, que no resultaron afectadas con tal fenómeno jurídico.

Y negó las pretensiones formuladas por los tres primeros mencionados, al dejar de probar los extremos de la relación laboral; como también de los restantes pero con ocasión del desistimiento de las pretensiones que presentaron en favor del señor Garcés Serna, a quienes impuso costas.

De otro lado, condenóa la sociedad CÓNDOR S.A.**,** como llamada en garantía, respecto de las sumas a que se refieren los ordinales segundo, tercero y cuarto, sin superar el límite máximo o monto asegurado, acordado en la póliza 250133771, como sus modificaciones o adiciones.

**3. Síntesis de los recursos de apelación**

Las partes apelaron así:

La apoderada judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación en nombre de José Gabriel Cipagauta Vargas, Bairo Perea Maturana, Miguel Antonio Jiménez Guasca, Jean Alejandro Bedoya Pérez, Graciel Enrique Ospina, Héctor Diego Zapata Ospina, Jorge Luis Loaiza Giraldo y Antonio José Sánchez, al estimar, respecto de los 5 primeros, que luego de desistir de la demanda en contra de Luis Waldir Garcés Serna, al percatarse en el interrogatorio de parte que estas personas no habían laborado para él, aclaró que las pretensiones continuaban respecto de los demás demandados integrantes del consorcio, entre quienes quedó probado los contratos de trabajo, por ende, se debe emitir condena en su favor.

Respecto a los tres últimos, indicó que si no asistieron al interrogatorio de parte lo fue porque podían quedar sin trabajo, ya por el permiso que debían pedir o porque se enteraran que estaban actuando como demandantes; insistiendo en que si los testigos no recordaban las fechas de ingreso y retiro es por haber ocurrido los hechos hace dos años atrás.

INVIAS solicitó se revoque la sentencia y se le absuelva al estar probada la vigencia de la póliza, siendo la llamada en garantía quien debe responder por el pago de las acreencias, a quien se condenó. También que no hay lugar al pago de la indemnización moratoria toda vez que la mala fe es del empleador, circunstancia que le es totalmente ajena a la entidad; máxime que ella ha cumplido con la ley y no adquirió obligación con los trabajadores de su contratista.

El codemandado Luis Waldir Garcés Serna, también estuvo inconforme con la decisión y expuso que no existe evidencia que él fuera realmente un contratista que gozara de independencia y autonomía directiva, técnica y administrativa, motivo por el cual se le podía tener como un miembro más del grupo de jefes de los demandantes, pero no como su verdadero empleador, al no ejercer subordinación sobre ellos.

Finalmente, la compañía de seguros CONDOR S.A., solicitó se revoque la sentencia porque la póliza ampara única y exclusivamente al CONSORCIO PROGRESO y a INVIAS, no a los subconstratistas y quedó demostrado en el proceso que ellos no fueron los empleadores. Se opuso a la condena consistente en la cotización de aportes al sistema de seguridad social y a la indemnización moratoria, toda vez que esos riesgos no están contemplados en la póliza. Finalmente llama la atención frente al límite del amparo por incumplimiento.

De otro lado, al resultar adversa la sentencia a INVÍAS y a los demandantes Jesús Antonio López Galindo, Jorge Luis Loaiza Giraldo, Héctor Diego Zapata, se dispuso en esta instancia conocer la sentencia en grado jurisdiccional de consulta.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problemas jurídicos**

Atendiendo la sustentación de los recursos de apelación y el grado jurisdicción de consulta, la Sala se formula los siguientes cuestionamientos:

(i) ¿Desistida la demanda formulada en contra de quien se convoca como empleador, que suerte corren las pretensiones presentadas en contra de los llamados como deudores solidarios?

(ii) ¿Agotada la etapa de reforma de la demanda puede adecuarse la misma?

(iii) ¿Se acreditaron los extremos de la relación laboral de los señores Jorge Loaiza, Héctor Diego Zapata y Jesús Antonio López?

(iv) ¿Desvirtuó el señor Luis Waldir Garcés Serna el elemento de la subordinación respecto de los demandantes, esto es, que no era un contratista independiente?

(v) ¿Se acreditó la responsabilidad solidaria de Invìas en las obligaciones laborales a cargo del señor Garcès Serna respecto a los favorecidos con ella en la sentencia?

(vi) ¿Al salir avante el llamamiento en garantía es improcedente la condena en contrata del asegurado?

(vii) La solidaridad de Invìas le implica también el pago de las condenas por indemnizaciones a pesar de evaluarse la mala fe del empleador y actuar de buena fe el deudor solidario?

(viii) ¿Ampara la póliza de seguro de cumplimiento Nº 250133771 el incumplimiento de las obligaciones de los contratistas del afianzado; así como la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T.?

(ix) ¿Cuál es el límite del seguro por el amparo de incumplimiento por el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

Previamente debe decirse que está fuera de toda discusión que entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y el CONSORCIO PROGRESO se suscribió el contrato de obra No. 1589 del 8 de septiembre del año 2005, así como el contrato civil de obra No. 011, para la intervención de los tramos 1, 3 y 4 del contrato 1589 celebrado entre el este último y Luís Waldir Garcés Serna.

También que el Consorcio como tomador afianzado adquirió la póliza No. 250133771 de cumplimiento a favor de Invías, para amparar, entre otros, el incumplimiento del pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones.

Aclarado lo anterior, se procede por esta Sala a decidir los recursos de apelación y consulta, en el orden en que fueron planteados los interrogantes.

**2.1 Apelación y consulta en favor de algunos litigantes de la parte actora**

**2.1.1** La apoderada judicial de los demandantes impugnó la decisión en representación de ocho de estos, no obstante, solo sustentó debidamente la apelación de José Gabriel Cipagauta Vargas, Bairo Perea Maturana, Miguel Antonio Jiménez Guasca, Jean Alejandro Bedoya Pérez y Graciel Enrique Ospina; toda vez que la de los señores, Héctor Diego Zapata Ospina, Jorge Luis Loaiza Giraldo y Antonio José Sánchez no atacó la decisión del a quo, al omitir enrostrar los errores en que incurrió al adoptarla; simplemente se limitó a excusar a sus representados por no asistir al interrogatorio de parte y mencionar la causa en la carencia de precisión de los testigos en cuanto los extremos; lo que devino en la falta de sustentación del recurso de apelación, lo que abrió paso a que se surtiera el grado de jurisdicción de consulta en su favor. Por lo que se procederá en este orden a analizar la situación de los demandantes que resultaron desfavorecidos con la sentencia.

Respecto de los demandantes – recurrentes- no son de recibo sus argumentos, toda vez que al desistir de las pretensiones formuladas en contra de Luìs Waldir Garcés Serna, llamado en su calidad de empleador (fls 386 y 387 cuaderno acumulado principal 2[[1]](#footnote-1)), petición aceptada en la cuarta audiencia de trámite (fl.408 cuaderno acumulado principal 3); necesariamente llevaba al fracaso de la pretensión de declaratoria de la responsabilidad solidaria incoada en contra de Cubides y Muñoz Ltda, Lavicon SAS y Edgar Castro Lizarralde, integrantes del consorcio e Invías - condición en el que se les citó en la pretensión tercera-; pues como lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia desde antaño, se exige (…) *la constitución del litis consorcio necesario entre el deudor solidario y el empleador, cuando la pretensión de la demanda es establecer lo que se le adeuda al trabajador por su relación laboral. Ha dicho la Sala:*

*“La Corte ha señalado que cuando se demanda al deudor solidario laboral –específicamente por la condición de beneficiario o dueño de la obra- debe ser también llamado al proceso el empleador. En sentencia de 10 de agosto de 1994, Rad. N° 6494 dijo la Corte:*

*“a) El trabajador puede demandar solo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis.*

*“b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de una litis consorcio prohijada por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente.*

*“c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente ‘existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo”.*

*“Este principio formulado por la Corte frente al beneficiario o dueño de la obra tiene cabal aplicación para cuando se convoca al proceso al intermediario laboral, pues su razón es la de una calidad que es común a aquéllos y a éste: deudor solidario de las obligaciones con trabajadores del empleador; ciertamente si lo que se persigue con el proceso es la existencia de la deuda, la unidad del objeto no puede ser rota; con el deudor solidario debe ser siempre llamado el empleador, quien es el primero que debe responder por los hechos que originan o extinguen la obligación reclamada.*

*(…)*

**2.1.2** Por tanto, para el caso puntual de los apelantes, al dejar de integrar la parte pasiva el señor Garcés Serna quedó sin sustento la solidaridad pretendida de los restantes demandados, dada su condición de Litis consortes necesarios.

De otra parte, no operó la reforma de la demanda, como lo quiso la apoderada de la parte activa, al solicitar en el escrito de desistimiento, que las mismas pretensiones continuaran en contra de los demás demandados; pues cuando lo solicitó ya había precluido la oportunidad para hacer uso de tal institución (art.28 CPL), al pedirse luego de iniciadas las audiencias de trámite. De tal manera que la demanda vinculó definitivamente respecto de su contenido, por lo mismo, no era posible establecer la condición de empleadores de los integrantes del consorcio frente a los recurrentes, al no vincularlos en la demanda en tal calidad.

Ahora, si bien el a quo omitió referirse a las pretensiones formuladas en contra de los demandados como solidarios, al solo limitarse a mencionar que no se hará verificación de los supuestos fácticos presentados por el grupo de litigantes que desistieron de la pretensiones en contra del señor Garcés Serna; lo cierto es, que la decisión que se adoptó en el numeral sexto de la providencia apelada los cobijó, al absolver a los codemandados (donde quedan incluidos los convocados como solidarios) de las demás pretensiones de la demanda; razón por la cual resulta innecesario complementar la sentencia, siendo del caso confirmarla, a tendiendo lo expuesto líneas atrás.

**2.1.3** Ya en lo que respecta a la consulta a surtirse en favor de los señores Diego Zapata Ospina, Jorge Luis Loaiza Giraldo y Jesús Antonio López Galindo, se tiene que el a quo negó sus pretensiones al omitirse probar los extremos de sus contratos de trabajo, al no contarse con la confesión ficta del demandado, al también dejar de asistir los mencionados al interrogatorio de parte que debían rendir y menos arribarse prueba documental – certificación expedida por el señor Garcés Serna – que fijara los extremos de la relación laboral, como sí sucedió con los demandantes frente a quienes salieron avante sus pretensiones.

Al respecto debe decirse que no hay duda que los mencionados prestaron su servicio personal al señor Garcés Serna, como lo declararon en similares términos Edilson Cardona Betancur, Héctor Fabio Jaramillo Graciel Enrique Ospina. De estos precisó el primero que incluso sus compañeros Héctor Diego Zapata y Jorge Luis Loaiza Giraldo, entre otros, le entregaron unas certificaciones laborales (las que no fueron admitidas por el juez al ser entregadas a los testigos por las mismos demandantes y no por el empleador); lo que les consta por haber sido compañeros de trabajo, sin recordar las fechas en que comenzaron a laborar (fl. 401 y 402 cd. 3). Operando así a favor de señores Diego Zapata Ospina, Jorge Luis Loaiza Giraldo y Jesús Antonio López Galindo la presunción del artículo 24 CST, dándose por probado que entre ellos y el señor Garcés Serna existió un contrato de trabajo.

Dónde surge la incertidumbre, es en sus extremos, quedándole al juez valorar con detenimiento la prueba en conjunto, con miras a desentrañar una época cierta en que el contrato se hubiere desarrollado, para aplicar así la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre los hitos temporales del contrato de trabajo, que consiste en que en los casos en que no pueda demostrarse con exactitud los extremos temporales de la relación laboral, estos se pueden dar por establecidos si se tiene certeza de la prestación del servicio en un determinado periodo[[2]](#footnote-2), sin que pueda ser el resultado en todo caso de suposiciones del operador jurídico. Así se tomará como extremo inicial el último día del último mes del año, al tenerse convicción que ese día de tal anualidad por lo menos se laboró y como el final, el primer día del primer mes, con el mismo razonamiento.

Bien. Los testigos mencionados, no dicen fechas, pero sí que trabajaron con los señores Héctor Diego Zapata Ospina, Jorge Luis Loaiza Giraldo y Jesús Antonio López Galindo, lo que es verosímil, si en cuenta se tiene que los tres últimos expresaron en la demanda que iniciaron el 2 de noviembre de 2009, 12 de abril de 2010 y 15 de enero de 2010, respectivamente y los testigos en los años 2009 y 2010, lo que da cuenta la prueba documental y confesión ficta del empleador; sin embargo, ello es insuficiente para tener por probado alguno de los hitos, al no precisarse tan siquiera el año, lo que solo hacen los demandantes en la libelo introductorio, el que no constituye prueba de sus afirmaciones.

En gracia de discusión, de tomarse el año en que coincidieron los testigos con los demandantes citados, como el de inicio, no hay posibilidad de aplicar la tesis de nuestra superioridad, al manifestar los actores que terminaron mucho antes al último día del año, concretamente el 15-05-2010; hito final que tampoco se demostró, pues no todos los que demandaron, en los procesos acumulados, finiquitaron su relación laboral ese día, al hacerlo otros antes; quedando incluso la posibilidad en que los actores en favor de quienes se surte la consulta hubieran seguido vinculados laboralmente una vez se reiniciaron labores, pues en todo caso la obra no terminó, sino que prosiguió como se desprende de las prórrogas de las pólizas hasta el año 2013; por lo tanto, cualquier cosa que se diga al respecto sería hacer suposiciones. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta en su contra la conducta procesal de Jesús Antonio López y Jorge Luis Loaiza, quienes dejaron de asistir a la audiencia de conciliación, por lo que se hicieron merecedores de la sanción de confesión ficta (fl. 444 cdno exp 2010-00355-00).

Exigencia de los extremos laborales que reviste vital importancia, pues solo así se pueden realizar las condenas por las acreencias laborales y fijar el inicio de la sanción moratoria ante la falta de pago de estas, si a ello hubiera lugar.

A pesar de lo dicho, que inevitablemente llevaba a que el juez de primer nivel negara las pretensiones de este grupo de trabajadores; en esta instancia se logró recaudar prueba que permite de dos de ellos acreditar los hitos de la relación laboral, concretamente de Jesús Antonio López y Héctor Diego Zapata, al allegarse certificación suscrita por el señor Luis Waldir Garcés Serna, sobre la cual operó el reconocimiento implícito al no tacharlos en esta audiencia; lo que guarda armonía con lo dicho por los testigos y los hechos de este proceso, en cuanto el señor López comenzó a laborar el 15-01-2010 hasta el 15-05-2010 y el señor Zapata del 2-11-2009 al 15-05-2010; de esta forma se infirmó la confesión ficta que pesaba en su contra.

A tono con lo mencionado, habrá de declararse que entre los mencionados y el señor Luis Waldir Garcés Serna existió un contrato de trabajo a término indefinido en el lapso ya mencionado líneas atrás. Por el contrario, se confirmará la absolución de las pretensiones del señor Jorge Luis Loaiza.

Consecuente con lo dicho, es del caso disponer el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones y aportes a la seguridad social, más los salarios adeudados al señor López; al probarse su no pago con la negación indefinida que hicieran en la demanda, sin que el empleador lo hubiere desvirtuado.

Así, hay lugar a ordenar que se les pague las siguientes sumas de dinero:

**Jesús Antonio López**

Cesantías $192.167

Prima de servicios $192.167

Intereses a las cesantías $7.687

Compensación de vacaciones $85.833

**Héctor Diego Zapata**

Cesantías $307.343

Prima de servicios $307.343

Intereses a las cesantías $11.521

Compensación de vacaciones $138.764

De igual manera, se ordenará el pago de la sanción moratoria por el no pago a la terminación del contrato, al tenor del art. 65 del CST, desde el 16-05-2010 y con una remuneración diaria de $17.167 por cada día de retardo hasta que se efectúe el pago de lo adeudado; al acreditarse la mala fe del empleador, quien sabedor de las obligaciones que adquirió con sus trabajadores las incumplió, sin que sea justificación para ello la falta de recursos como lo declararon algunos demandantes.

Cosa diferente sucede con la indemnización por despido injusto, al no demostrarse el despido de los señores López y zapata, carga que a ellos les incumbía.

**2.2 Apelación del demandado Luis Waldir Garcés Serna**

Aduce su apoderado judicial, quien actúa en amparo de pobreza, que no se acreditó que su prohijado actuara como contratista independiente, con autonomía directiva, técnica y administrativa, por lo que se le debe entender como un miembro más del grupo, no como verdadero empleador, al no estar subordinados los demandantes a él.

Al revisar el material probatorio se observa, que además de contarse con las certificaciones laborales de la mayoría de los actores, otorgadas por el señor Garcés Serna, donde da por cierto el vínculo laboral, sus extremos y el salario (folios 398 al 400 y 412 al 424 cuaderno 3 proceso acumulado), obra la confesión ficta de este demandado a favor de los demandantes a quienes les prosperaron sus pretensiones, en razón a la inasistencia de este a rendir el interrogatorio de parte solicitado por ellos; razón por la cual se dieron por acreditados la existencia de sus contratos de trabajo, lo que implica dar por cierta la subordinación de los trabajadores para con este empleador quien podía darles órdenes e instrucciones; lo que además ratificaron algunos testigos, como Edilson Cardona y Héctor Fabio Jaramillo, quienes de manera clara expresaron que fue Garcés Serna quien los contrató y les daba las órdenes, al igual que los demás ingenieros; poder de dirección en el trabajo que no se controvierte con el dicho de otros declarantes, como José Julián García y Graciel Enrique Ospina; al solo referirse a los ingenieros Quiroga, Silvio, Ángela y el Señor Cubides como personas que les decían que hacer; pues ello por sí solo no significa que el señor Garcés Serna no lo hiciera, siendo los nombrados también llamados a dar instrucciones al conocer el proyecto y tener que responder por el cumplimiento del contrato; por su parte nada influye lo expuesto por el segundo de los deponentes al haber sido su empleador el consorcio, como lo confesó en su interrogatorio.

Vistas así las cosas, dejó de probar el señor Garcés Serna que no era contratista independiente y verdadero empleador; por el contrario, sus actitudes revelaron no solo su relación contractual con el consorcio sino para con los demandantes, como ellos mismos lo reconocieron; razón por la cual no se acogen los argumentos del apelante.

**2.3. Apelación y consulta a favor de Invías**

El a quo declaró responsable solidariamente a Invías en el pago de las acreencias laborales causadas a favor de 18 demandantes; decisión que tiene correspondencia con lo probado en este proceso, dada la declaratoria de existencia de los contratos laborales con el señor Garcés Serna, a quien contrató el consorcio Progreso Risaralda, integrado por las sociedades CUBIDES Y MUÑOZ LTDA, LAVICON S.A.S. (antes LAVICON LTDA), Edgar A. Castro Lizarralde, contratista de Invías, para desarrollar parte del contrato celebrado entre estos últimos.

Así, al revisar el objeto del contrato entre el Consorcio e Invías, consistente en obras de reconstrucción, pavimentación y repavimentación de carreteras, se tiene que tales actividades no le son ajenas a Invías, beneficiario del trabajo o dueño de la obra, al tener a su cargo, según el Decreto 2171 de 1992 la ejecución de políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación, establecimiento público adscrito al Ministerio de Transporte.

Sin que se pueda decir que la solidaridad de Invías no se extienda a las obligaciones adquiridas por los subcontratistas de su contratante, frente a sus empleados, al establecer el numeral 2 del art. 34 del CST que *“El beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, 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 subcontratistas*”.

Y en este caso, no debe olvidarse que Invias autorizó la subcontratación en la cláusula décima séptima, sin que ello releve a su contratista de la responsabilidad que asume por las labores de la construcción y demás obligaciones que emanen del contratos. Facultándose al contratante pedirle al contratista la terminación del subcontrato.

Entonces, con lo mencionado no hay duda que se acreditaron todos los elementos para que surja la solidaridad de Invías, dueño y beneficiario de la obra, respecto a las obligaciones que como empleador tiene el señor Garcés Serna frente a sus trabajadores.

Y es precisamente esta solidaridad la razón para que se condene a Invias al pago, de manera solidaria, de las acreencias laborales a las que tienen derecho los demandantes favorecidas con las condenas, sin que pueda dejarse de hacer porque prospere el llamamiento en garantía propuesto en contra de la compañía aseguradora; pues precisamente tal condena es la que da lugar al pago de la póliza, solo hasta la cuantía asegurada, por lo que cualquier excedente debe correr a cargo de Invias.

Ya en lo que respecta a las acreencias por las que debe responder solidariamente, se tiene que debe serlo frente a todas las omitidas por el empleador y por las que se condenó, incluidas las sanciones indemnizatorias, sin que pueda alegar su buena fe para eximirse de ellas, según el nuevo criterio de nuestra superioridad, dado el carácter de garante del solidario.

Al respecto vale la pena traer a colación la sentencia 32953 del 5 de noviembre de 2008 con ponencia del magistrado Camilo Tarquino Gallego, que dice lo siguiente:

“*Precisado lo anterior, hay que decir que esta Sala por mayoría, en procesos de similares características al aquí estudiado, inclusive contra el mismo Instituto demandado, definió el asunto, en el sentido de indicar que es la buena fe o carencia de ella por parte del contratista la que debe analizarse para efectos de imponer la sanción moratoria y no la de obligado solidario, por lo que el dueño de la obra o el beneficiario de la misma, termina equiparándose al empleador para efectos de la sanción del artículo 65 del C. S. del T.*

*“Así quedó dispuesto entre otras en la sentencia de 20 de febrero de 2007, Rad. 28438 en la que igualmente se hizo referencia a la de 6 de mayo de 2005 Rad. 22905, según la cual: “El artículo 34 del C. S. del T. no hace otra cosa que hacer extensivas las obligaciones prestacionales o indemnizatorias del contratista, al dueño de la obra conexa con su actividad principal, sin que pueda confundirse tal figura jurídica con la vinculación laboral, como lo ha sostenido esta Sala en otras ocasiones. La*[*relación laboral*](http://www.gerencie.com/relacion-laboral.html)*es única y exclusivamente con el contratista independiente, mientras que la relación con el obligado solidario, apenas lo convierte en garante de las deudas de aquél. Así lo ha sostenido  la Corte, entre otras, en las sentencias del 26 de septiembre de 2000 (Rad. 14038) y del 19 de junio de 2002 (Rad. 17432).*

*“Es claro, entonces, que la culpa que genera la obligación de indemnizar es exclusiva del empleador, lo que ocurre es que, por virtud de la ley, el dueño de la obra se convierte en garante del pago de la indemnización correspondiente, no porque se le haga extensiva la culpa, sino por el fenómeno de la solidaridad, que, a su vez, le permite a éste una vez cancele la obligación, subrogarse en la acreencia contra el contratista, en los términos del artículo 1579 del Código Civil, lo que, se ha dicho, reafirma aún más su simple condición de garante.*

*“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.”*

Mala fe que se demostró en el empleador, quien conociendo esta condición al terminar las relaciones de trabajo no canceló lo adeudado, por lo que procede la condena indemnizatoria en la forma ordenada en la sentencia al estar acorde con lo probado y la ley; salvo la del señor Asdrúbal de Jesús Murillo, que ha de modificarse al surtirse la consulta a favor de Invías; quien al devengar más de un salario mínimo, según la confesión ficta que operó (fl. 447 cuaderno acumulado 3) y que pasó por alto el a quo, esta debe corresponder, a un salario diario de $17.333.33, desde el 16-08-2009 y por los primeros 24 meses; a partir del mes 25 deberá pagar los intereses de mora a la máxima de los créditos de libre asignación hasta que se efectúe el pago. Es dable aclarar que no se modificará la liquidación de las demás acreencias laborales del señor Murillo con el salario en comento, al resultarle favorable a Invías a favor de quien se surte la consulta.

Por lo anotado, no salen avante las inconformidades de la apelación formulada por Invías; siendo lo pertinente ahora, dado el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor, entrar a determinar si las condenas por las que debe responder como deudor solidario estuvieron bien liquidadas.

En lo que se refiere a las cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social y salarios adeudados a algunos de los demandantes, se probó su no pago con la negación indefinida realizada por estos, sin que fuera desvirtuada en el proceso, por consiguiente, efectuadas las respectivas liquidaciones, se encuentra que las realizadas por la primera instancia están conforme a la ley.

Cosa diferente sucede con las indemnizaciones por despido injusto, pues a pesar de acreditar este hecho algunos demandantes, al operar la confesión ficta a su favor, siéndoles reconocida, de otro lado y negada frente a los señores Asdrúbal De Jesús Murillo Jaramillo, Fernando Castañeda Estrada, Fabio Giraldo Orozco, William Grisales González y Norberto Villa Montes al carecer de prueba por no operar a su favor la confesión, debido a su inasistencia al interrogatorio de parte; el juez de manera equivocada al concretar la sanción la impuso a favor de los señores Fabio Giraldo Orozco y Norberto Villa Montes, por lo que dado el grado jurisdiccional de consulta que se estudia con respecto a Invias, hay lugar a eliminar el valor de esta sanción al valor ordenado pagar, quedando las condenas totales para el primero en $937.880 y para el segundo en $2’903.769.

En consecuencia, se modificará el numeral segundo en la forma ya mencionada. Adicionalmente, la solidaridad de los integrantes del consorcio e Invias se extenderá al pago de las acreencias laborales dispuestas en esta sentencia a favor de los señores Jesús Antonio López y Héctor Diego Zapata, con fundamento en los razonamientos antes expuestos.

**2.4. Apelación del llamado en garantía**

Alega Seguros Cóndor SA, que atendiendo la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales no está amparado el incumplimiento de terceros o subcontratistas, solo la del afianzado; y subsidiariamente, que no lo está el incumplimiento de pagos de indemnizaciones y pagos a la seguridad social, debiéndose en todo caso respetarse los límites del seguro para cada caso

Para desentrañar esta situación, necesariamente debemos consultar la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales Nº 25013771, que se acercó en dos folios, esto es, sin las condiciones generales, las que solo se allegaron con el recurso, fuera de las oportunidades establecidas en la ley para aportar prueba documental, por lo mismo no serán objeto de valoración.

En la póliza en mención, obra como tomador - afianzado el CONSORCIO PROGRESO RISARALDA y asegurado- beneficiario el Instituto Nacional de Vías Invias; como objeto del seguro el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato 1589 de 2005.

Como amparos están el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones, sin que se observen exclusiones.

De otro lado, la póliza se expidió con una vigencia del 16-09-2005 al 8-09-2010 (fl. 303), la que luego, el 19-10-2007, se modificó para ampliar su valor y vigencia que se extendió hasta el 28-12-2010; en cuanto a lo demás quedó igual. Finalmente en diciembre de 2012 se prorrogó hasta el 27-08-2013, y se aumentaron las sumas aseguradas

Ahora, el contrato 1589 de 2005 en el parágrafo de la cláusula décima primera, estableció como obligaciones del Consorcio el pago de salarios y prestaciones sociales; en la cláusula decima segunda el pago de la normativa frente al sistema de seguridad social integral.

Concretamente, en la cláusula décima séptima se le permite al contratistas subcontratar, previa autorización del Invias, sin que ello lo releve de la responsabilidad que asume por las labores de la construcción y demás obligaciones que emanen del contratos. Facultándose al contratante pedirle al contratista la terminación del subcontrato.

También, en la cláusula décima novena, se compromete el contratista a constituir en favor del instituto una póliza, entre otros, para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que el contratista haya utilizado para la ejecución de la obra por el equivalente al 10% del valor del contrato.

Bien. Del contenido del contrato se tiene que el contratista podía subcontratar, sin que por ello se descargara de sus obligaciones, y precisamente se amparó el incumplimiento de ellas, que provengan de las personas que ejecutaron labores para la ejecución del contrato 1589 y no necesariamente trabajadores del contratista, por lo que quedan incluidas las prestaciones de los empleados de los subcontratistas. Ya, si otra cosa se quiso, debió estipularse como una exclusión el incumplimiento de las prestaciones sociales de los trabajadores del subcontratista, lo que no se hizo, pues no consta ello en las cláusulas particulares de la póliza.

En gracia de discusión, si se pudiera valorar el documento allegado con el recurso de apelación, este da cuenta de las condiciones generales de las pólizas de Seguros Cóndor SA, donde en ningún momento se limita al incumplimiento frente a los trabajadores del contratante, pues expresa que el riesgo es el “(…) INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTÁ OBLIGADO EL AFIANZADO, RELACIONADO CON EL PERSONAL CONTRATADO POR ÉSTE PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO”. Y dentro del término “personal contratado” caben tanto sus trabajadores como los contratistas, pues los dos prestan sus esfuerzos para la ejecución del contrato.

Así las cosas, no se comparte el argumento de la aseguradora, como tampoco que no esté incluido como riesgo las indemnizaciones, pues claramente este término está en los amparos, sin limitarse a una en concreto, como tampoco se excluye en otra cláusula. Es más, en el contrato 1589 se dice expresamente que el contratista debe asegurar el incumplimiento del pago de prestaciones sociales e indemnizaciones, sin excluir ninguna; por lo que las condiciones generales en este punto no le serían aplicables por regularlo de manera específica y diferente las cláusulas particulares, lo que tiene apoyo en el contenido del contrato cuyo incumplimiento se aseguró. Lo mismo ocurre con el pago de la seguridad social, al constituir esta una prestación social

Finalmente, en lo que respecta al límite de la responsabilidad de la aseguradora está dada en la póliza, y así se dejó dicho en la sentencia, por lo que se confirmará en esta parte también, extendiéndose su condena a favor de los señores Jesús Antonio López y Héctor Diego Zapata.

**Costas Procesales**

En esta instancia, al resultar imprósperos los recursos hay lugar a imponer costas a cargo de los recurrentes, a excepción del demandado Garcés Serna por estar amparado por pobre, a quien tampoco debió condenársele en primera instancia, razón por la cual se revocará parcialmente el numeral octavo de la sentencia en ese en ese sentido.

De otro lado, se impondrán costas en amabas instancias en un 80% a cargo de Cubides y Muñoz Ltda, Lavicon SAS, Edagar A Castro Lizarralde (integrantes del consorcio Progreso Risaranda), Invías y la Compañía de Seguros Generales Cóndor, en liquidación forzosa, a favor de los señores Jesús Antonio López y Héctor Diego Zapata, al revocarse la sentencia totalmente, en lo que respecta a estos demandantes, al salir avante en su gran mayoría sus pretensiones.

**CONCLUSIÓN**

En vista de lo expuesto, se confirmará parcialmente la sentencia, que por vía de consulta y apelación ha conocido esta Sala.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. CONFIRMAR el numeral PRIMERO** dela sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, el 21-07- 2015, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por los señores Andrés Felipe Jaramillo Toro, Asdrúbal De Jesús Murillo Jaramillo, Carlos Andrés Garcés Serna, Carlos Arturo Gómez González, Fernando Castañeda Estrada, Héctor Fabio Jaramillo Toro, Jesús Antonio López Galindo, Jorge Luís Loaiza Giraldo, José Ariel Pulido Gereno, José Leonel Guevara Valencia, Nolberto Grisales, Graciel Enrique Ospina, Héctor Diego Zapata Galindo, Antonio José Sánchez Arenas, Bairo Perea Maturana, Edilson Cardona Betancurt, Fabio Giraldo Orozco, Jaen Alejandro Bedoya Pérez, Joany Cardona Osorio, José Antonio Orrego Arenas, José Gabriel Cipagauta Vargas, José Julián García Londoño, Miguel Antonio Jiménez Guasca, Norberto Villa Montes, Oscar De Jesús Sánchez Arenas Y William Grisales González promueven contra las sociedades CUBIDES Y MUÑOZ LTDA, LAVICON S.A.S. (antes LAVICON LTDA), Edgar A. Castro Lizarralde (miembros del CONSORCIO PROGRESO RISARALDA); el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVIAS- y Luís Waldir Garcés Serna. Donde obra como llamado en garantía CONDOR S.A.

Y **ADICIONARLO para declarar que entre el señor Luis Waldir Garcés Serna existió contrato de trabajo a término indefinido con los señores Jesús Antonio López del 15-01-2010 hasta el 15-05-2010 y con Héctor Diego Zapata del2-11-2009 hasta el 15-05-2010.**

**SEGUNDO. CONFIRMAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia, SALVO, la condena impuesta a favor de Fabio Giraldo Orozco en el punto 12 y Norberto Villa Montes en el punto 16, que se **MODIFICA PARA REDUCIRLA** al primero a $937.880 y para el segundo a $2’903.769, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**Y ADICIARLO** a favor de Jesús Antonio López para que se le pague la suma de $477.854 y a Héctor Diego Zapata la suma de $764.971.

**TERCERO. CONFIRMAR PARCIALMENTE EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia, SALVO la condena impuesta a favor de Asdrúbal de Jesús Murillo, que se **MODIFICA** para disponer que la sanción equivale un salario diario de $17.333.33, desde el 16-08-2009 y por los primeros 24 meses; a partir del mes 25 deberá pagar los intereses de mora a la máxima de los créditos de libre asignación hasta que se efectúe el pago

**Y ADICIONARLO**  para ordenar a favor de Jesús Antonio López y Héctor Diego Zapata el pago de la sanción moratoria por el no pago a la terminación del contrato, desde el 16-05-2010 y con una remuneración diaria de $17.167 por cada día de retardo hasta que se efectúe el pago de lo adeudado.

**CUARTO. CONFIRMAR Y ADICIONAR los numerales cuarto y quinto de la sentencia,** para extender estas condena a favor deJesús Antonio López y Héctor Diego Zapata.

**QUINTO. CONFIRMAR los numerales SEXTO, SÉPTIMO Y NOVENO** de la sentencia, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEXTO. CONFIRMAR PARCIALMENTE** el numeral octavo de la sentencia, **SALVO** la condena en costas impuesta a Luis Waldir Garcés Serna, que se **REVOCA**, para en su lugar absolverlo de ellapor lo expuesto en la parte motiva.

También se revoca la impuesta a Héctor Diego Zapata y Jesús Antonio López, para en su lugar condenar en costas de primera y segunda instancia a su favor a Cubides y Muñoz Ltda, Lavicon SAS y Edagar Alonso Castro Lizarralde (integrantes del consorcio), Invías y la aseguradora Cóndor SA, en liquidación.

**SÉPTIMO. Condenar en esta instancia** en costas a Graciel Enrique Ospina, José Gabriel Cipagauta, Bairo Perea Maturana, Jean Alejandro Bedoya Pérez y Miguel Antonio Jiménez Guasca a favor de Luis Waldir Garcés Sera, las sociedades CUBIDES Y MUÑOZ LTDA, LAVICON S.A.S. (antes LAVICON LTDA), Edgar A. Castro Lizarralde (miembros del CONSORCIO PROGRESO RISARALDA) y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVIAS- y condenar en costas a este último y a la Aseguradora Cóndor en favor de los demandantes a quienes les prosperaron sus pretensiones.

**OCTAVO.** Sin lugar a imponer costas en esta instancia al señor Luis Waldir Garcés Serna al estar amparado por pobre.

**NOVENO. DEVOLVER**  el expediente una vez alcance ejecutoria esta decisión a su lugar de origen.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada**

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**Magistrado Magistrada**

1. “Desisto de las pretensiones incoadas en las pretensiones CONTRA el señor LUIS WALDIR GARCERS SERNA, con relación a los señores JOSE GABRIEL CIPAGAUTA, BAIRO PEREAM MATURANA, MIGUEL ANTONIO JIMENEZ GUASCA, JAEN ALEJANDRO BEDPYUA PEREZ y GRACIEL ENRIQUE OSPINA, rogando a su señoría que esas mismas pretensiones continúen contra CUBIDES Y MUÑOZ LTDA, representada por CARLOS ALBERTO CUBIDES ALJURE o por quien haga sus veces al momento de la notificación, LAVICOM S.A.S ( antes LTDA), representada legalmente por el señor CARLOS EDUARDO QUIRIOGA, o por quien haga sus veces al momento de la notificación y el señor EDGAR A. CASTRO LIZARALDE, conformantes del consorcio PROGRESO RISARALDA y contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS)”

“Petición que hago debido a que por un error involuntario, incluí a los señores JOSE GABRIEL CIPAGAUTA, BAIRO PEREAM MATURANA, MIGUEL ANTONIO JIMENEZ GUASCA, JAEN ALEJANDRO BEDPYUA PEREZ y GRACIEL ENRIQUE OSPINA, en las demandas con los ya citados, donde es demandado LUIS WALDIR SERNA y otros, cuando en realidad laboraban directamente con las empresas LAVICOM S.A.S (antes LTDA), y otros, quienes conforman el CONSORCIO PROGRESO” [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia del 6-03-2012, rad. 42167 y 4-11-2013, rad. 37865 [↑](#footnote-ref-2)