El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia 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 Corporación.

**Providencia :** Sentencia del 22 de julio de 2016

**Radicación No. :** 66170-31-05-001-2013-00025-01

**Proceso :** Ordinario Laboral

**Demandante :** Jesús María Murcia Rodríguez y otros

**Demandado :** Instituto Nacional de Vías –INVIAS- y otros

**Juzgado :** Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas

**M.P. :** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES:** la mala o la buena fe exonerativa de indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones se determina por la conducta del verdadero empleador y no por la del obligado solidario” (SL587-2013, con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverry Bueno). **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO. DESPIDO INDIRECTO:** En este punto la magistrada ponente guarda distancia de la posición mayoritaria de la Sala.

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

#### **SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Julio 22 de 2016)**

##### Sistema escritural - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 9:40 A.M. de hoy, viernes 22 de julio de 2016, la Sala No. 1º de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **JESÚS MARÍA MURCIA RODRÍGUEZ, DUVERNEY SÁNCHEZ QUINTERO** y **JHON FREDDY GARCÍA GARCÍA** en contra del **CUBIDES Y MUÑOZ LTDA, LAVICON S.A.S. y EDGAR CASTRO LIZARRALDE**, quienes conforman el **CONSORCIO EL PROGRESO**, **LUIS WALDIR GARCÉS** y el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –INVIAS-**, quien a su vez llamó en garantía a la aseguradora CONDOR S.A. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Parte demandante… Parte demandada…

**Alegatos de conclusión**

Con fundamento en el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Parte demandante… Parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por los demandantes y la codemandada INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –INVIAS- en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Laboral de Dosquebradas el pasado 11 de marzo de 2015.

**PROBLEMA JURIDICO**

Corresponde a la Sala en este asunto verificar si existen buenas razones para exonerar del pago de la indemnización moratoria al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –INVIAS-, quien en virtud de lo previsto en el artículo 34 del C.S.T. resultó condenado en primera instancia dada su calidad de beneficiario de la obra o labor contratada.

Asimismo, es necesario evaluar el grado de acierto de los argumentos bajos los cuales el *a-quo* absolvió a los demandados del pago de la indemnización por despido injusto.

1. **ANTECEDENTES, DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA Y ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

**RESUMEN DE LA DEMANDA Y SU OPOSICIÓN:** con el propósito de no hacer innecesariamente extenso el resumen de los actos procesales de las partes involucradas en el proceso, considera la Sala que en esta instancia basta aludir únicamente a los hechos que atañen de manera directa al objeto del recurso de apelación promovido por los demandantes y por el codemandado INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –INVIAS-, que como se acaba de precisar en el acápite dedicado a la determinación del problema jurídico, se reducen estrictamente a aquellas circunstancias fácticas que guardan directa relación con la causa o las causas efectivas de la finalización del vínculo laboral, lo mismo que aquellos hechos con los que la entidad pública edificó el argumento con el cual pretende exonerarse del pago de la indemnización moratoria.

Ello así, es necesario aclarar que en virtud del esquema del recurso de apelación, ha quedado por fuera de discusión que los citados trabajadores fueron vinculados a laborar por el señor **LUIS WALDIR GARCÉS** (subcontratista) a una obra de infraestructura vial que el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –INVIAS-** contrató con el **CONSORCIO EL PROGRESO[[1]](#footnote-1)**.

Así mismo, ha quedado establecido que al final de dicho vínculo laboral el empleador y sus garantes quedaron adeudando a los demandantes los salarios y los demás estipendios laborales que han sido tasadas en sede de primera instancia y cuyo monto, dicho sea de paso, no ha sido objetado por los aquí apelantes.

Aclarado lo anterior, valga señalar que en el hecho undécimo de la demanda los demandantes indican que **LUIS WALDIR GARCÉS** decidió unilateralmente finalizar el contrato de trabajo adeudándoles hasta el día de hoy las acreencias laborales enumeradas en el mismo escrito.

Del otro lado su contraparte, en este caso las personas que conforman el **CONSORCIO EL PROGRESO**, adujeron que la terminación de dicho vínculo obedeció a la finalización de la obra o labor contratada y en otros casos a la renuncia voluntaria de los trabajadores.

Asimismo, conviene precisar que frente a este último hecho nada tuvo que decir **LUIS WALDIR GARCÉS**,quiense abstuvo de dar respuesta a la demanda, ni tampoco INVIAS, que se limitó a señalar que la mayoría de hechos de la demanda no le constaban ya que no fue directa empleadora de los demandantes.

Por último, dígase de una vez que el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –-INVIAS-** pretende exonerarse del pago de la indemnización moratoria aduciendo que actuó de buena fe al exigir el aseguramiento de los riesgos laborales de la obra contratada, para lo cual el contratista, es decir, el **CONSORCIO EL PROGRESO** contrató la póliza de seguros que eventualmente se hará exigible una vez quede en firme la decisión judicial que imponga el pago de las acreencias laborales que se adeudan a los demandantes, en razón de lo cual, de acuerdo a lo previsto por la consolidada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dado que sus actuaciones estuvieron revestidas de buena fe, debe salir absuelta del pago de la indemnización moratoria, la cual solamente debería imponerse al empleador que se sustrajo del pago de sus obligaciones laborales, esto es, el subcontratista **LUIS WALDIR GARCÉS.**

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:** el juez de primer grado declaró que los demandantes JESÚS MARÍA MURCIA RODRÍGUEZ, DUVERNEY SÁNCHEZ QUINTERO y JHON FREDDY GARCÍA GARCÍA demostraron haber laborado al servicio del codemandado LUIS WALDIR GARCÉS SERNA, y que, en mismo ese orden, quedó acreditado que los contratos de cada uno de ellos se ejecutaron dentro de los siguientes extremos temporales: entre el 17 de mayo de 2009 y el 15 de mayo de 2010; entre el 17 de febrero de 2009 y el 15 de mayo de 2010, y entre el 15 de diciembre de 2008 y el 27 de abril de 2010, respectivamente.

En consecuencia, condenó al directo empleador, a las personas que conforman el **CONSORCIO PROGRESO RISARALDA** y al **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –-INVIAS-** -estos dos últimos a título de responsables solidarios por reportar beneficios de la obra o labor contratada- al pago de las siguientes sumas dinero: $2.924.408 para JESÚS MARÍA MURCIA RODRÍGUEZ; $2.100.860 para DUVERNEY SÁNCHEZ QUINTERO y $3.090.081 a favor de JHON FREDDY GARCÍA GARCÍA**,** por concepto de salarios insolutos, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y auxilio de transporte.

Asimismo, como sanción por la falta de pago de salarios y prestaciones, condenó a los codemandados a pagar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las sumas antes indicadas, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor, y a partir del primer día del mes veinticinco (25), como lo indica la norma en mención en el caso de trabajadores que devenguen más de un (1) S.M.M.L.V., intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta que el pago se verifique.

En esa medida, concretó la condena por ese concepto de la siguiente manera: $20.160.000, a razón $28.000 diarios, para JESÚS MARÍA MURCIA RODRÍGUEZ; $12.720.240, a razón de $17.667 diarios, para DUVERNEY SÁNCHEZ QUINTERO, y $18.480.240, a razón de $25.664, para JHON FREDDY GARCÍA GARCÍA.

Por último, igualmente los condenó a pagar a los trabajadores los aportes pensionales por cada periodo laborado, si aún no los han efectuado, en la entidad administradora de fondos de pensiones que libremente elija cada uno de ellos; absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas procesales a los codemandados.

Para absolver del pago de la indemnización por despido injusto, señaló que a la parte actora le correspondía probar el hecho del despido, y que al no hacerlo, al juez no le es dable presumir que los contratos finalizaron por causas atribuibles al empleador; y que adicional a ello, para que opere el denominado despido indirecto, el artículo 62 del C.ST. tiene previsto que el trabajador debe poner en conocimiento del empleador la decisión de terminar el vínculo laboral, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, los cuales deben corresponder al incumplimiento grave de las obligaciones legales, contractuales o convencionales del empleador, lo cual tampoco fue debidamente demostrado por los citados pretensores.

**RECURSO DE APELACIÓN:** tal como anticipadamente se acaba de señalar, contra dicha decisión los demandantes y la codemandada **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –-INVIAS-** presentaron recurso de apelación.

De un lado, la apoderada judicial de los demandantes asegura que ellos renunciaron motivados por el incumplimiento en el pago de sus salarios y prestaciones laborales, y porque fueron abandonados a su suerte, lo cual los condujo a buscar otras fuentes de ingresos para solventar sus obligaciones familiares y personales, teniendo en cuenta que son personas de escasos recursos, que dependen de su salario, de modo que en este caso operó lo que la doctrina reconoce bajo el nombre de despido indirecto o renuncia motivada.

Del otro lado, INVIAS, quien como ya lo habíamos adelantado, alega que su conducta estuvo revestida de buena fe, lo cual es una razón más que suficiente para ser exonerada del pago de la indemnización moratoria a la que injustamente fue condenada en primera instancia.

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

En un asunto similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, esta Corporación decidió que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –-INVIAS-, como deudor solidario, dada su calidad de beneficiario de la obra o labor contratada, estaba llamado al pago de las distintas acreencias laborales adeudadas por sus contratistas a los trabajadores que laboraron precisamente dentro de la obra estatal en la que los aquí demandante prestaron sus servicios, lo cual incluida la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

En aquella sentencia, proferidael 09 de octubre de 2013, Rad. 2011-00228, con ponencia del magistrado Julio César Salazar Muñoz, se indicó, a partir de la reconstrucción del entramado contractual de la obra contratada por INVIAS, que la solidaridad en el pago de la indemnización moratoria se extiende a quienes en virtud del artículo 34 del C.S.T. están llamados a cancelar las acreencias laborales adeudadas al trabajador.

Lo anterior por cuanto de conformidad al artículo 1º del Decreto 2056 de 2003, resulta claro que el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- es una entidad pública que fue creada precisamente para ejecutar, entre otros, los proyectos de la infraestructura no concesionada de la red nacional de vías de carreteras primarias y terciarias del país para lo cual puede celebrar todo tipo de contratos, como el que celebró en esa oportunidad con el CONSORCIO EL PROGRESO. En ese orden de ideas se concluyó:

“(que) *(…) por lo tanto es evidente que en desarrollo del contrato de obra Nº 1589 del 08 de septiembre de 2005, el Instituto Nacional de Vías delegó en el CONSORCIO PROGRESO RISARALDA la función de llevar a cabo el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de los tramos que se han referenciado con antelación y que pertenecen al Departamento de Risaralda; determinándose de esta manera que INVIAS ha sido el beneficiario de la obra desarrollada por el contratista, en razón de lo cual, de conformidad con el artículo 34 C.S.T. el Instituto Nacional de Vías en su calidad de contratante en el desarrollo de una obra pública (infraestructura vial de carretera) ejecutada por el consorcio demandado, es solidariamente responsable de las condenas que se le hicieron extensibles en primera instancia tal y como lo determinó el a-quo, sin que nada tenga que ver que en cumplimiento del contrato de obra Nº 1589 de 2005 el contratista haya tenido que suscribir la póliza de seguro Nº 250133771 a favor de entidades estatales que allí se exigió*.

En el caso sub-examine no existen razones para variar la posición adoptada por la Sala en aquella oportunidad, antes bien, ella puede ampliarse acudiendo al precedente asentado por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, que en relación a la materia del recurso, precisó que *“la mala o la buena fe exonerativa de indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones se determina por la conducta del verdadero empleador y no por la del obligado solidario” (SL587-2013, con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverry Bueno*).

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

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

* 1. **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO.**

La Sala Mayoritaria considera que en lo relativo a la desvinculación de los accionantes, estos no acreditaron que, al momento de la extinción, informaron a su empleador que la causa para no seguir prestando el servicio obedecía a la falta de pago de sus salarios, en razón de lo cual, en el caso sub-examine, no se hallaba configurado lo que la doctrina ha denominado despido indirecto por incumplimiento del contrato.

Bajo tal criterio, con el voto de la mayoría de los magistrados, salvo de quien aquí cumple el encargo de la ponencia, se confirmará este punto de la sentencia. Debe advertirse que la materia de mi disenso será expuesta en el respectivo salvamento parcial de voto.

Corolario de lo anterior, al no haber prosperado el recurso para ninguno de los apelantes, no habrá lugar a la condena en costas procesales

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todos sus puntos la sentencia objeto del recurso de apelación propuesto por ambas partes.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

Notificación surtida en estrados.

Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

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

Providencia: Sentencia del 29 de julio de 2016

Radicación No.: 66170-31-05-001-2013-00025-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: JESÚS MARÍA MURCIA RODRIGUEZ Y OTROS

Demandado: CUBIDES Y MUÑOZ LTDA Y OTROS

Magistrado Ponente: Dra. ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada que salva voto: Dra. ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN

**Tema:**

**FLEXIBILIZACIÓN DEL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 62 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, CUANDO LAS PARTICULARIDADES DE LOS TRABAJADORES Y DEL CASO LO AMERITAN:** Bajo ese hilo conductor, en virtud de la cláusula de no discriminación consagrada en el artículo 13 de la Constitución, había necesidad de FLEXIBILIZAR el contenido del parágrafo del artículo 62 del Código sustantivo del Trabajo dadas las particularidades de este caso, en el que se itera, por un lado los trabajadores fueron abandonados a su suerte por espacio de 42 días (tres quincenas) por el empleador en la carretera que estaban construyendo, y, por otro lado, se trata de personas de muy escasos recursos económicos quienes desempeñaban una labor histológicamente discriminada como la de ser oficial o ayudante de construcción. Es decir, en tales circunstancias no podía la Sala mayoritaria exigirles que tras el abandono del empleador en el sitio de trabajo y la falta de pago de sus salarios por 3 quincenas, los trabajadores tuvieran que ir en busca del empleador para infórmale que renunciaban a sus cargos por falta de pago de sus salarios, como exige la norma, por cuanto esa consecuencia resultaba de bulto por la propia conducta del empleador, quien era consciente del incumplimiento de sus más mínimas obligaciones como lo eran brindar a los trabajadores los elementos necesarios para la realización de la labor contratada y pagar el salario correspondiente.

# SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad parcial frente a la sentencia mayoritaria, por cuanto considero que en el presente caso había lugar declarar que el despido fue injusto y en consecuencia devenía la respectiva condena indemnizatoria en contra de la parte demandada, por las siguientes razones:

En la demanda se alegó despido indirecto en razón a que el empleador dejó de cancelarles el salario a los tres demandantes. En el proceso se probó que en efecto, el empleador LUIS WALDIR GARCÉS dejó de cancelarles el salario correspondiente a 42 días, razón por la cual fue condenado al pago por concepto de salarios insolutos, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y auxilio de transporte.Dicha condena se extendió en contra de INVIAS y el CONSORCIO PROGRESO RISARALDA en su calidad de deuodores solidarios. También quedó probado con la prueba testimonial y los interrogatorios de parte de los demandantes, que aquellos fueron abandonados a su suerte por el empleador en la obra civil que se estaba realizando en la carretera Dosquebradas – Santa Rosa de Cabal (tramos 1, 3 y 4), es decir, fueron desamparados en la carretera que estaba construyendo sin explicación alguna por parte del empleador, quien no volvió a la obra civil a llevar material de construcción ni menos a pagarles sus salarios, por espacio de 42 días, lo que obligó a los demandantes a dejar sus puestos de trabajo.

Por otra parte, no se puede pasar inadvertido que los demandante son personas de bajos recursos económicos, bajo grado de escolaridad, quienes fueron contratados por el empleador para desempeñar labores de construcción de carretera (oficial de construcción y ayudante de construcción), circunstancias todas que hacen parte de las denominadas categorías sospechosas de discriminación, y que por tanto debe aplicarse en su favor la cláusula de no discriminación establecida en el artículo 13 de la Carta Política, en virtud de la cual en la resolución der su caso no puede emplearse el derecho a la igualdad formal sino el principio de igualdad material.

Bajo ese hilo conductor, en virtud de la cláusula de no discriminación consagrada en el artículo 13 de la Constitución, había necesidad de FLEXIBILIZAR el contenido del parágrafo del artículo 62 del Código sustantivo del Trabajo dadas las particularidades de este caso, en el que se itera, por un lado los trabajadores fueron abandonados a su suerte por espacio de 42 días (tres quincenas) por el empleador en la carretera que estaban construyendo, y, por otro lado, se trata de personas de muy escasos recursos económicos quienes desempeñaban una labor histológicamente discriminada como la de ser oficial o ayudante de construcción. Es decir, en tales circunstancias no podía la Sala mayoritaria exigirles que tras el abandono del empleador en el sitio de trabajo y la falta de pago de sus salarios por 3 quincenas, los trabajadores tuvieran que ir en busca del empleador para infórmale que renunciaban a sus cargos por falta de pago de sus salarios, como exige la norma, por cuanto esa consecuencia resultaba de bulto por la propia conducta del empleador, quien era consciente del incumplimiento de sus más mínimas obligaciones como lo eran brindar a los trabajadores los elementos necesarios para la realización de la labor contratada y pagar el salario correspondiente.

En consecuencia, debió revocarse este punto de la sentencia de primera instancia y en su lugar declararse que en efecto se presentó un despido indirecto que daba lugar al pago de la respectiva indemnización por despido injusto.

En estos términos sustento mi salvamento parcial de voto.

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN**

**Magistrada**

1. Conformado por **CUBIDES Y MUÑOZ LTDA, LAVICON S.A.S. y EDGAR CASTRO LIZARRALDE.** [↑](#footnote-ref-1)