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 la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de segunda Instancia, jueves 3 de mayo de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-004-2016-00064-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: José Leonardo Pinzón Betancourt

Demandado: Promasivo S.A., Megabús S.A. y otros

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: CONTRATO DE TRABAJO / INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO – No se probó / SANCIÓN MORATORIA-Procede / APERTURA DE PROCESO LIQUIDATORIO FUE POSTERIOR A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO – No se acredita buena fe para exonerar de moratoria /**

Frente a la solicitud de reconocimiento de la indemnización por despido indirecto, cabe advertir que si bien en el proceso quedó acreditado como se dijo en líneas atrás, que el demandante dio por terminado el contrato de trabajo, según confesión espontánea hecha por el actor, primero, en el interrogatorio de parte que absolvió, y segundo, en el escrito de demanda, en el cual indicó que la razón que lo condujo a su retiro, fue el incumplimiento del empleador en el pago de los salarios y prestaciones sociales, lo cierto es que en el plenario no milita elemento de prueba alguno que permita establecer que indefectiblemente fue esa y no otra la razón que motivó la deserción del trabajador..

(…)

Ahora bien, teniendo en cuenta que la apertura del proceso de liquidación de la sociedad empleadora sólo fue iniciada por la autoridad competente el 26 de noviembre de 2015, es decir, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo con el acá demandante, que tuvo lugar el 9 de julio de 2015, no es posible considerar la mala situación administrativa y económica, sin declaración legal, como componente de la buena fe, exonerativa de la sanción moratoria, pues bien pudo la concesionaria solicitar la apertura del proceso liquidatorio ante la autoridad competente una vez se percató de su fracaso económico, con el fin de evitar defraudar los derechos laborales de sus trabajadores.

**SUSCRIPCIÓN DE CONVENIO QUE INCLUYE CLÁUSULA DE INDEMNIDAD EN FAVOR DE MEGABUS / SOLIDARIDAD VOLUNTARIA / TÍPICO LLAMAMIENTO EN GARANTÍA / DEBEN RESPONDER SOLIDARIAMENTE /**

Se ofrece, por lo tanto, un típico llamamiento en garantía, en la que las recurrentes, por razón de la solidaridad a que se obligaron, voluntariamente, en los términos atrás expresados, favorece directamente a Megabus S.A., puesto que, detállese que por el compromiso de asumir el rol de solidarias al lado del concesionario, las vincula todo su clausulado, entre ellas la 122 que sirvió de base para el llamamiento, en la que acuerdan defender, y en general mantener indemne a Megabus por cualesquiera costos, daños, perjuicios o pérdidas en los que pueda incurrir en relación con cualquier reclamación de cualquier naturaleza elevada por un individuo, relacionada con la ejecución de sus obligaciones derivadas del contrato de concesión, incluyendo los reclamos laborales.

(…)

Tal cual, es lo que sucede con el llamamiento que se hizo a Liberty seguros, pretendiendo, entonces, la firma Megabus S.A., blindarse doblemente, por un lado, al pactar la sociedad en comandita simple y la anónima, lo que al final consignaron en el documento de concesión, y por el otro, al suscribir la póliza de cumplimiento de salarios y prestaciones sociales, con la compañía de seguros, empero en ambas hipótesis, la repercusión en el patrimonio del trabajador, es la misma, o sea con unos alcances apenas medianos o secundarios, pero relevantes en el proceso laboral, pues, ello puede significar, nada más ni nada menos, el pago definitivo de sus acreencias, independiente, de la fuente de la que se desprenda o dimane dicha erogación. De ahí que tales intervenciones de terceros, son de usanza en la litis laboral.

*REPÚBLICA DE COLOMBIA*

***
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA***

# *SALA DE DECISIÓN LABORAL*

**Providencia**: Sentencia de segunda Instancia, jueves 3 de mayo de 2018.

**Radicación No**:66001-31-05-004-2016-00064-01

**Proceso**: Ordinario Laboral.

**Demandante**: José Leonardo Pinzón Betancourt

**Demandado:** Promasivo S.A., Megabús S.A. y otros

**Juzgado de origen**: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

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

**Tema a tratar: Contrato de trabajo**. El empleador responde en su exclusiva calidad de tal, en virtud de la consensualidad del nexo contractual, que por su sola celebración, aún verbal (art. 37 C.S.T.) y poniéndose de acuerdo al menos en los puntuales aspectos indicados en el precepto siguiente (38 ibídem), generan derechos y obligaciones recíprocas entre las partes. **Responsabilidad del obligado solidario**. La razón de la solidaridad, hunde sus raíces en la ley, y no en el consenso de los protagonistas de la relación laboral, en la medida en que el legislador se encargó de disciplinar cada evento, en que terceros o ajenos al vínculo laboral, resultan afectados con las condenas que se fulminan al demandado, por haber celebrado con antelación con éste, un vínculo que de rebote lo hace responder ante el trabajador. Esa proximidad entre el demandado y el tercero, tiende el punto de contacto con las tareas que, directamente, realiza el trabajador a instancias de su empleador, las cuales, necesariamente, por una especie de rebote beneficiarán a dicho tercero, convirtiéndose éste en garante, lo cual se traduce en la facultad que la solidaridad le otorga, al laborante, de poder reclamar no solo en contra del dador de laborío sino también, en contra del tercero, puesto que de lo contrario, se prohijaría una grande injusticia en detrimento del trabajador y en provecho económico de ese tercero, que en últimas se quedará con el producto o servicio elaborado con el esfuerzo de aquel. **Llamamiento en garantía, con base en la solidaridad que un tercero, voluntariamente, asumió en el nivel del contratista en el contrato de concesión**. La llamante no está obligada, como condición sine quo-non, para la aceptación del llamamiento, “que no se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio” (art. 34- C.S.T.).

 ***AUDIENCIA PÚBLICA***

En Pereira, a los tres (03) días del mes de mayo de dos mil dieciocho (2018), siendo las siete y treinta (07:30 a.m.), los magistrados de la Sala de Decisión Laboral No. 4 del Tribunal Superior de Pereira, declaran abierto el acto, en orden a desatar la apelación interpuesta por el demandante y las codemandadas López Bedoya y Asociados & Cia. S. en C., Si 99 S.A. y Liberty Seguros S.A., contra la sentencia proferida el 12 de junio de 2017, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por *José Leonardo Pinzón Betancurt* contra *Promasivo S.A., Megabus S.A****.;*** y las llamadas en garantía***:*** *Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A*.***,*** *López Bedoya y Asociados & Cia. En. C. y Liberty Seguros S.A.*

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

INTRODUCCIÓN

El demandante pretende que se declare (i) la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con Promasivo y solidariamente responsable Megabus S.A., en calidad de empleadores, del 19 de agosto de 2006 al 30 de noviembre de 2015; y (ii) que ambas son responsables solidarias de los perjuicios ocasionados por la no cancelación de las acreencias laborales a las que tenía derecho. En consecuencia, pide que se les condene a pagar el valor de la liquidación del contrato de trabajo; el auxilio de cesantías del 2013 y 2014; los intereses a las cesantías del año 2014; las vacaciones comprendidas entre agosto de 2013 y ese mismo mes del 2015; las indemnizaciones por no consignación de cesantías y no pago de salarios y prestaciones sociales; la indemnización por despido indirecto; el reajuste de los aportes efectuados a pensión sobre una base salarial inferior a la que en realidad correspondía, así como los periodos no cotizados, todo lo anterior debidamente indexado, más las costas del proceso.

Como aspectos fácticos refiere que prestó sus servicios personales en Promasivo SA en el lapso antes referido, desempeñando el cargo de operador de bus articulado del Sistema de Transporte Masivo; que se vinculó a través de un contrato de trabajo a término fijo de uno a tres años, el cual culminó por decisión unilateral del empleador; que debido a los constantes incumplimientos de su empleador, se produjeron 7 paros entre el 2012 y 2014; que devengó un salario promedio de $ 1`367.534,83, que incluía una bonificación constante de $ 160.000, más los recargos nocturnos, dominicales y festivos; que Promasivo S.A. es el concesionario del Sistema de Transporte Masivo del Área Metropolitana Centro de Occidente y Megabús el ente gestor encargado del control vigilancia del contrato de Concesión No. 01 de 2004, suscrito entre esas entidades; que Megabus se reservó el derecho de impartir las ordenes y definir las necesidades de la operación; que según comunicación del 1 de septiembre de 2014, dirigida al Presidente del Sindicato de trabajadores, la gerencia de Pro masivo informó que pese a que el contrato de trabajo quedaba en suspenso, la entidad seguía asumiendo la carga prestacional de los trabajadores, no obstante, desde el mes de agosto de ese año no le cancelaron los salarios y prestaciones sociales;; que no le fueron consignadas las cesantías del año 2013 y 2014, ni los intereses sobre los mismos correspondientes al último año; que no se le cancelaron aportes a pensión en los meses de julio a diciembre de 2014, y de enero a junio de 2015; que no le cancelaron la liquidación del contrato de trabajo, incluidas las vacaciones del 2013 a 2015; que el 27 de agosto de 2015 presentó reclamación administrativa ante Megabús con el propósito de que se le cancelaran las acreencias laborales debidas, sin embargo, le fue negada mediante oficio del 5 de octubre de ese año. Indica que el 11 de enero de 2016 Promasivo S.A. generó la colilla de liquidación No. 720 en la que reconoce que adeuda al trabajador la suma de $16`795.002; que la Superintendencia de Sociedades en uso de sus facultades legales ordenó la liquidación judicial de Promasivo S.A., motivo por el cual los contratos de trabajo fueron terminados sin justa causa, dando lugar a la respectiva indemnización.

Promasivo S.A., aceptó los hechos relacionados con la existencia del vínculo laboral con el demandante en las fechas antes relacionadas, el cargo que aquel desempeñó, el valor del salario básico, el contrato de concesión que suscribió con Megabus S.A., la liquidación de la entidad, entre otros. Se opuso a la totalidad de las pretensiones a excpecion del reajuste de los aportes a pension cancelados sobre un IBC inferior. Propuso las excepciones de fondo de Prescripción, inexistencia parcial de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, indebida acumulación de pretensiones y doble cobro de las acreencias laborales (fls.153 y ss.).

Megabus S.A., se opuso a las pretensiones. Negó el vínculo contractual aducido por su contraparte; replicó que su contratista y concesionaria Promasivo S.A., gozaba de plena autonomía y libertad para contratar su personal. Propuso como excepciones: prescripción, improcedencia de la declaratoria de solidaridad. Llamó en garantía a SI 99 S.A., a López Bedoya y Asociados y Cia. S. en C., amén de la Compañía Liberty Seguros S.A. (fls.125 y ss).

La jueza accedió a tales llamamientos. Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., se opuso a las declaraciones y condenas impetradas en su contra, aduciendo que las obligaciones surgidas a raíz del contrato de concesión, cesaron al dejar de ser parte de la sociedad Promasivo S.A., y que la calidad de solidaria invocada por Megabus S.A., es predicable única y exclusivamente con respecto a las obligaciones directas entre aquella y Promasivo S.A. y únicamente hasta el momento en que SI 99 hizo parte de la última; propuso como excepciones de fondo: “falta de legitimación por pasiva”, “cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y de causa”, “Inexistencia de solidaridad”, “Buena fe”, y “Prescripción” (fls.329 y ss).

Por su lado, López Bedoya y Asociados & Cia. S. en C., se opuso a las pretensiones de la demanda principal y del llamamiento, aduciendo que no tuvo nada que ver con la contratación del demandante para la prestación de los servicios en favor de Promasivo, por lo tanto, se atiene a lo que resulte probado. Propuso como excepciones: Ausencia de solidaridad, Prescripción e Inexistencia de las obligaciones demandadas (fls.289 y ss).

Liberty seguros S.A., se opuso a las declaraciones y condenas iniciales. Propuso como excepciones: falta de legitimación en la causa por pasiva, acuerdo de transacción, falta de competencia por agotamiento de la jurisdicción, cosa juzgada, pago, inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica, improcedencia de reconocimiento de intereses moratorios, inexistencia de la obligación de indemnizar, y prescripción. (fls.239 y ss).

Se opuso, igualmente, a las pretensiones del asegurado contra la aseguradora, aunque replicó ser cierta, parcialmente, la existencia del contrato de seguro y la vigencia de dicha póliza. Propuso las excepciones de: inasegurabilidad de la culpa grave y los actos meramente potestativos, riesgos no amparados, ausencia de dolo, improcedencia de la afectación de la póliza por ausencia de cobertura, ausencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento, exclusión de responsabilidad civil extracontractual de los daños morales y de daños y perjuicios por obligaciones que no aparezcan en el contrato garantizado, límite asegurado, no constitución en mora por parte del beneficiario y oposición a medios de prueba emanados de terceros (fls.265 y ss).

***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La jueza del conocimiento mediante providencia del 12 de junio de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando en primer lugar la existencia del contrato de trabajo habido entre José Leonardo Pinzón Betancur y Promasivo S.A. en liquidación, del 19 de agosto de 2006 y el 18 de agosto de 2014. Condenó a Promasivo S.A. a cancelar en favor del actor lo adeudado por concepto de salarios, auxilio de cesantías del 2013 y 2014, intereses a las cesantías, prima de servicios del segundo periodo del 2014 y vacaciones proporcionales, todo lo anterior, debidamente indexado al momento del pago.

Frente al pago de los aportes a pensión, ordenó que una vez acreditado el incumplimiento por parte del empleador, Megabus S.A. cancele ante Colpensiones lo correspondiente a los ciclos de abril a diciembre de 2013, y el reajuste del IBC de los ciclos peticionados hasta agosto de 2014.

De otra parte, condenó a Megabus como solidaria de las obligaciones impuestas a Promasivo S.A., y a las otras dos sociedades SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados como responsables solidarias de Megabús, al igual que a Liberty Seguros S.A., en virtud de la póliza suscrita entre ambas.

Negó las demás pretensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas por los sujetos pasivos, y condenó en costas a Promasivo S.A y Megabús S.A. en un 70% en favor de la demandante.

Contra el mentado fallo se alzaron el demandante y las llamadas por Megabús.

El demandante manifiesta en primer lugar, que debe accederse a la indemnización por despido injusto, pues pese a que la prestación del servicio se dio hasta el 18 de agosto de 2014, lo cierto es que el empleador nunca le comunicó acerca de la suspensión del contrato de trabajo, y por ende, el trabajador siempre mantuvo la expectativa de reanudar sus actividades laborales. Aunado a ello, pide que se reconozcan las acreencias laborales hasta el momento en que el trabajador presentó su renuncia irrevocable ante el incumplimiento sistemático del emperador, esto es, hasta el 9 de julio de 2015. Por último, alude que la crisis económica del empleador no es causa que justifique el no pago de los salarios y prestaciones sociales, razón por la que solicita se impongan las sanciones moratorias peticionadas.

Por su parte, el Sistema de Transporte Masivo SI 99 S.A., mostró su inconformidad con la solidaridad que se le deduce con el llamamiento en garantía, aduciendo que es ajeno a la relación laboral que sostuvo el demandante con Promasivo, máxime cuando no fue parte suscriptora del contrato de concesión 01 de 2004.

López Bedoya y Asociados & Cía S. en C, pide que se revoque la condena en su contra, por considerar que Promasivo S.A. es el único responsable de mantener la indemnidad de Megabús, pues el contrato objeto de licitación habla del concesionario y no de concesionarios. Por último, pide que se establezca porcentualmente cuál es la participación de los llamados solidarios, en las condenas impuestas a Megabús S.A.

Liberty S.A., por su parte, enfila su inconformidad en que no se tuvieron en cuenta las exclusiones de la póliza, pues no fue asegurada la culpa grave, el dolo y los actos meramente potestativos, dado que Promasivo, en calidad de tomador y Megabus como asegurado, incumplieron sus obligaciones contractuales, por lo que al tenor del artículo no existe cobertura en tales sentidos a favor del actuar del asegurado, amén de que tampoco cubre indemnizaciones moratorias.

*CONSIDERACIONES:*

 **Del problema jurídico.**

*¿En qué fecha finalizó el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y Promasivo S.A.?*

*¿Hay lugar a imponer la indemnización por despido injusto y las sanciones moratorias previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50/90, en favor del demandante?*

 *¿Deben las sociedades López Bedoya y Asociados Cia S en C y SI 99 SAS responder solidariamente por las condenas, por haber asumido la calidad de solidarias en el nivel de la concesionaria Promasivo S.A?*

*¿Le asiste razón a la aseguradora Liberty S.A. cuando afirma que en el proceso quedó acreditada la mala fe del empleador Promasivo S.A. y en consecuencia no es posible afectar la Póliza de seguro?*

 *Desenvolvimiento de la problemática planteada*

Sostiene el demandante que las obligaciones laborales debieron ser liquidadas hasta el momento en que presentó su renuncia irrevocable, es decir, hasta el 9 de julio de 2015, pues aunque la prestación efectiva del servicio se dio hasta el 18 de agosto de 2014, lo cierto es que el empleador nunca le comunicó a los trabajadores de la entidad respecto a la suspensión de los contratos de trabajo, pues simplemente los envió a la casa a la espera de que se reanudaran las actividades.

Para resolver tal cuestionamiento, es menester precisar que conforme a lo previsto en los artículos 464 y 466 del C.S.T., les está prohibido a las empresas de servicios públicos y privados, paralizar o suspender las actividades en forma parcial o definitiva sin las correspondientes autorizaciones por parte del gobierno nacional y del Ministerio del Trabajo. Tal prohibición, tiene como objeto proteger los derechos mínimos de los trabajadores, pues con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto 2351 de 1965, por el cual se impide de manera general a los empleadores este tipo de prácticas, el patrono está obligado al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por los trabajadores en caso de que se omita tal contravención.

Lo anterior, en concordancia con lo establecido en el artículo 140 del CST, según el cual el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del patrono.

En el sub-lite, se tiene acreditado conforme a los documentos allegados en medio magnético CD obrante a folio 173, que Promasivo S.A. desde el 11 de agosto dejó de prestar el servicio de transporte masivo general de pasajeros para la correspondiente reparación y revisión técnico mecánica de la flota de buses automotores. Así mismo, que para el 19 de agosto de 2014 las actividades operacionales fueron suspendidas, sin que se reactivaran posteriormente, pues por el contrario, la empresa entró en estado de liquidación forzosa, aperturada mediante Auto Nº 0000000400-016033 de 26 de noviembre de 2015 expedido por la Superintendencia de Sociedades.

Igualmente, se tiene probado según respuesta que dio Promasivo al hecho 18 de la demanda, que el día 1 de septiembre de 2014 la Gerente de la entidad envió comunicación al Presidente de la Unidad Nacional de Trabajadores del Transporte y el Sindicato de Trabajadores de la sociedad, en el que indicaban textualmente: “*existe contrato de trabajo sin prestación del servicio, y en tal virtud asumimos la carga contractual y prestacional (...) Implica lo anterior que para los trabajadores se suspende la obligación de presentarse a su puesto de trabajo*”.

Adicionalmente, que el trabajador presentó su renuncia irrevocable al cargo el día 9 de julio de 2015, dando por terminado el contrato de trabajo celebrado con Promasivo, según confesión contenida en el hecho 27 de la demanda, y en las declaraciones rendidas en el interrogatorio de parte.

Acorde con lo anterior, estima la Sala que se equivocó la sentenciadora de primer grado al tener como fecha de finalización del contrato de trabajo, el día 18 de agosto de 2014, calenda en que las actividades operacionales se suspendieron, pues de acuerdo al marco normativo antes referido, el contrato de trabajo continuó vigente hasta el 9 de julio de 2015, momento para el cual el trabajador presentó su renuncia.

En ese orden, razón le asiste al recurrente en solicitar el pago de las obligaciones laborales hasta esa calenda, motivo por el que se adicionaran a las condenas emitidas en sede de primer grado, las liquidaciones de los salarios dejados de percibir, las cesantías del año 2014 y proporcional del año 2015, los respectivos intereses a las cesantías, las primas de servicios del segundo semestre del 2014 y proporcional del año 2015 y las vacaciones correspondientes, todo hasta el 9 de julio de 2015, mismas que de conformidad al cuadro que se pone de presente a los asistentes y hará parte integrante del acta final, ascienden a la suma de $16`229.660.

Para el efecto, se tuvo en cuenta el valor del salario promedio establecido por la a-quo para el año 2014 en cuantía de $: 1`250.013.

Por ende, se modificará el ordinal 2 de la sentencia, en el sentido de indicar que la condena global por concepto de salarios adeudados y prestsaciones sociales asciende a $20`108.029.

Frente a la solicitud de reconocimiento de la indemnización por despido indirecto, cabe advertir que si bien en el proceso quedó acreditado como se dijo en líneas atrás, que el demandante dio por terminado el contrato de trabajo, según confesión espontánea hecha por el actor, primero, en el interrogatorio de parte que absolvió, y segundo, en el escrito de demanda, en el cual indicó que la razón que lo condujo a su retiro, fue el incumplimiento del empleador en el pago de los salarios y prestaciones sociales, lo cierto es que en el plenario no milita elemento de prueba alguno que permita establecer que indefectiblemente fue esa y no otra la razón que motivó la deserción del trabajador.

Ello, si se tiene en cuenta que en el expediente no obra la mentada carta de renuncia, a efectos de verificar si el trabajador cumplió con la carga establecida en el parágrafo único del literal b) del artículo 62 del C.S.T., de informarle al empleador el motivo o causal para la terminación del contrato a su empleador, y en caso tal, que fue precisamente la aludida en el numeral 6 del referido artículo la que esbozó para el finiquito contractual. De otra parte, porque según confesión espontánea del demandante en el interrogatorio de parte, este explicó que una vez se produjo el cese de actividades operacionales por parte de Promasivo S.A., él se vinculó al cabo de un tiempo –muy corto- a otras entidades transportadoras – Covichoralda e Integra-.

Luego entonces, no se demostró de manera fehaciente que la renuncia del trabajador obedeció a una justa causa imputable al empleador, debidamente comunicada a ésta. Por ende, no prospera este segmento de la apelación.

En cuanto al último reproche del promotor de esta Litis, que en esencia busca se acceda a las sanciones moratorias de que tratan los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50/90, por considerar que la crisis económica no es razón que justifique el no pago de los salarios y prestaciones sociales, la Sala hará las siguientes acotaciones:

Tal como lo tiene decantado la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad laboral, las indemnizaciones moratorias no proceden de forma automática ni inexorable, pues no es suficiente que el empleador adeude objetivamente salarios y/o prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral, sino que es menester que el juzgador ausculte en el comportamiento subjetivo del obligado, esto es, las razones que lo impulsaron a no cancelar los haberes laborales al momento de la conclusión del nexo contractual, y si las mismas son atendibles y justificables por estar revestidas de buena fe, se procedería a su exoneración, de lo contrario, se fulminaría la misma.

En esa línea, en sentencia del 24 de enero de 2012, radicación 37288, el máximo órgano de la especialidad, pregonó que, en principio, la crisis económica del empleador no exonera de la indemnización moratoria, por cuanto como regla general, se sigue, que en cada caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido en el pago de salarios y prestaciones sociales ha actuado o no de buena fe.

En el sub-lite, conforme a las pruebas que obran en el expediente se encuentra acreditado que la Superintendencia de Puertos y Transporte inició a través de la Resolución No. 5730 de 2012, proceso de intervención y control a Promasivo en julio de 2012, con ocasión a los innumerables antecedentes de incumplimiento de las instrucciones, órdenes y acuerdos para el mejoramiento en la prestación del servicio de transporte de pasajeros.

Se tiene acreditado igualmente, como se dijo anteriormente, que el 11 de agosto de 2014, ante el incumplimiento de los estándares mínimos de calidad y el mantenimiento de la flota de buses para la ejecución y rodamiento del parque automotor, ese operador paralizó la prestación del servicio de transporte masivo, lo cual perduró hasta el 26 de noviembre de noviembre de 2015, cuando la Superintendencia de Sociedades por medio de auto Nº 0000000400-016033 declaró la apertura del proceso de liquidación judicial de los bienes y haberes de Promasivo S.A., y en consecuencia ordenó la terminación de los contratos de trabajo que se encontraban vigentes para ese momento, con excepción de aquellos trabajadores que se encontraban amparados por fuero sindical.

Tal panorama, pone en evidencia que si bien es cierto la entidad empleadora entró en crisis desde el año 2012, cuando se presentaron múltiples deficiencias organizacionales, administrativas y financieras que ameritaron la intervención de la Superintendencia de Puertos y Transporte, quien valga anotar, inició un plan o proceso misional que incluyera el cambio de funcionarios administrativos de la concesionaria, lo cierto es que tales problemáticas no le eran atribuibles al trabajador, pues como es sabido, es el empleador quien está obligado a dar manejo a los aspectos fundamentales para su buen funcionamiento de la empresa, siendo previsible para él a través de sus directivos, contadores, revisores, entre otros funcionarios, conocer el estado de la empresa y prevenir la insolvencia que implicara el no pago de las obligaciones laborales a sus trabajadores, por ende, no es a estos últimos a quien corresponde a asumir las consecuencias de las fallas en que incurrió la compañía.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la apertura del proceso de liquidación de la sociedad empleadora sólo fue iniciada por la autoridad competente el 26 de noviembre de 2015, es decir, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo con el acá demandante, que tuvo lugar el 9 de julio de 2015, no es posible considerar la mala situación administrativa y económica, sin declaración legal, como componente de la buena fe, exonerativa de la sanción moratoria, pues bien pudo la concesionaria solicitar la apertura del proceso liquidatorio ante la autoridad competente una vez se percató de su fracaso económico, con el fin de evitar defraudar los derechos laborales de sus trabajadores. No obstante, sólo procedió de conformidad tres años más tarde, cuando ya varios de sus empleados, incluyendo el actor, optaron por presentar su renuncia ante el incumplimiento del empleador en el pago de sus obligaciones.

Por tal razón, la Sala accederá al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., a razón de un día de salario equivalente a $41.667 por 135 días contabilizados desde el día siguiente a la terminación del vínculo laboral y hasta el momento en el que la Superintendencia de Sociedades profirió el auto que decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de Promasivo SA, al proceso concursal en los términos dela Ley 1116 de 2006 y designó liquidadora, es decir, correrá desde el 10 de julio de 2015 al 25 de noviembre de 2015; condena que arroja un total de $5`625.058.

En cuanto a la indemnización moratoria por falta de consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, habrá que decir que el plazo para consignar las que se generaron entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2013, vencía el 14 de febrero de 2014, de modo que, se condenará a la demandada a cancelar un día de salario por cada día de retardo, a partir del 15 de febrero de 2014 y hasta el 14 de febrero de 2015. Así mismo, por las cesantías que se causaron en el año 2014, y que tampoco fueron consignadas por el empleador, se condenará al pago de la referida sanción desde el 15 de febrero de 2015 al 9 de julio de esa anualidad, momento para el cual feneció la relación laboral. La condena total por este concepto asciende a $21`000.168.

Con lo anterior, queda resuelta la inconformidad de la parte actora.

Ahora bien, para resolver los cuestionamientos propuestos por las llamadas en garantía, Sistema de Transporte Masivo SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados Cia. S en C., encaminados a la exoneración de responsabilidad solidaria de Megabús, es menester hacer las siguientes acotaciones:

Sabido es que el empleador responde en su exclusiva calidad de tal frente al trabajador, respecto de las obligaciones derivadas del contrato laboral, en virtud de la consensualidad de éste, que por su sola celebración, aún verbal (art. 37 C.S.T.) y poniéndose de acuerdo al menos en los puntuales aspectos indicados en el precepto siguiente (38 ibídem), generan derechos y obligaciones recíprocas entre las partes.

De otra parte, la razón de ser o de la existencia de la solidaridad, hunde sus raíces en la ley, y no en el consenso de los protagonistas de la relación laboral, en la medida en que el legislador se encargó de disciplinar cada evento, en que terceros o ajenos al vínculo laboral, resultan afectados con las condenas que se fulminan al demandado, por haber celebrado con antelación con éste, un vínculo que de rebote lo hace responder ante el trabajador, dadas las circunstancias especiales diseñadas por el propio legislador.

Justamente, esa proximidad entre el demandado y el tercero, tiende el punto de contacto con las tareas que, directamente, realiza el trabajador a instancias de su empleador, las cuales, necesariamente, por una especie de rebote beneficiarán a dicho tercero, convirtiéndose éste en garante, en el evento en que el deudor principal no satisfaga los emolumentos legales al trabajador, lo cual se traduce en la facultad que la solidaridad le otorga, al laborante, de poder reclamar lo que se adeude por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, no sólo en contra del dador de laborío sino también, en contra del tercero, puesto que de lo contrario, se prohijaría una grande injusticia en detrimento del trabajador y en provecho económico de ese tercero, que en últimas se quedará con el producto o servicio elaborado con el esfuerzo de aquel.

Es el caso de los beneficiarios o dueños de la obra de que tratan los artículos 34 y 35-3 C.S.T., por fuerza de la intermediación de un contratista, o de una persona que no comunicó al trabajador su papel de simple intermediario, respectivamente, o el tercer caso, del socio de una persona jurídica formada en consideración a la persona y no al capital o a las acciones, así como el de los condueños o comuneros de una misma empresa (art. 36 ejusdem).

En todos estos eventos, el contratista, el falso empleador, el socio y el comunero, aunque ajenos al contrato laboral, responden, no directamente, sino como deudores solidarios, al lado del obligado principal, a satisfacer la deuda que éste hubiere quedado debiendo a su operario.

Es entonces, una garantía en favor del trabajador, que por petición suya y ante la configuración de las hipótesis legales antes descritas, entra en escena otro u otros deudores, al momento de exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales que deshonró el principal obligado, esto es, el empleador.

No es del caso, entrar en el análisis el por qué la firma Megabus, se hizo responsable solidario de los haberes laborales a cargo del empleador, Promasivo S.A., y en pro del demandante, pues, eso se explica con lo brevemente expuesto, enlazada con la situación fáctica a propósito del contrato de concesión que ligó a ambas sociedades, aunado a que no fue motivo de reproche por parte de Megabus S.A., quien se conformó con la decisión.

 El asunto que cuestionan las otras accionadas, Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., y López Bedoya y Asociados & Cía. S. en C., a quienes luego de las rubricas del documento de concesión, estamparon también sus firmas tras plasmar: “*[t]ambién suscriben el presente contrato de manera solidaria con el Concesionario las siguientes personas…*” (vienen las firmas de los representantes legales de ambas sociedades), pone al descubierto la ausencia, o por fuera del contexto de la regulación laboral el tipo de solidaridad acá esgrimida, puesto que esta especie de solidaridad voluntaria, no la prevé la legislación laboral.

 Ello no significa que no se ha debido aceptar la intervención de aquellas, sino que el mecanismo del llamado, no era por la vía del artículo 34-1 del C.S.T., por cuanto de ser así, el trabajador, a quien está destinada la disposición, tendría que demostrar el condicionamiento que trae la segunda parte del numeral primero del citado artículo 34, puesto que huelga reiterarse, la institución de la solidaridad, en materia laboral, está erigida en pro del trabajador, y no de otro sujeto diferente, traducido como ya se expuso, en poder accionar tanto contra el empleador como contra el obligado solidario, lo que el primero resulte a deber al trabajador.

Se ofrece, por lo tanto, un típico llamamiento en garantía, en la que las recurrentes, por razón de la solidaridad a que se obligaron, voluntariamente, en los términos atrás expresados, favorece directamente a Megabus S.A., puesto que, detállese que por el compromiso de asumir el rol de solidarias al lado del concesionario, las vincula todo su clausulado, entre ellas la 122 que sirvió de base para el llamamiento, en la que acuerdan defender, y en general mantener indemne a Megabus por cualesquiera costos, daños, perjuicios o pérdidas en los que pueda incurrir en relación con cualquier reclamación de cualquier naturaleza elevada por un individuo, relacionada con la ejecución de sus obligaciones derivadas del contrato de concesión, incluyendo los reclamos laborales.

Obvio, que como quiera que la citación del tercero no lo hace el trabajador, la llamante no está obligada como condición *sine quo-non* para la aceptación del llamamiento, “*que no se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio*” (art. 34- C.S.T.)

 Tal cual, es lo que sucede con el llamamiento que se hizo a Liberty seguros, pretendiendo, entonces, la firma Megabus S.A., blindarse doblemente, por un lado, al pactar la sociedad en comandita simple y la anónima, lo que al final consignaron en el documento de concesión, y por el otro, al suscribir la póliza de cumplimiento de salarios y prestaciones sociales, con la compañía de seguros, empero en ambas hipótesis, la repercusión en el patrimonio del trabajador, es la misma, o sea con unos alcances apenas medianos o secundarios, pero relevantes en el proceso laboral, pues, ello puede significar, nada más ni nada menos, el pago definitivo de sus acreencias, independiente, de la fuente de la que se desprenda o dimane dicha erogación. De ahí que tales intervenciones de terceros, son de usanza en la litis laboral.

Por lo expuesto, no sale avente el recurso de la sociedad Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A SI 99, máxime cuando del anexo No. 1 del formato de presentación de la propuesta y acreditación de la capacidad económica que obra en medio magnético, se lee claramente que dicha sociedad se comprometió de manera irrevocable a suscribir como obligado solidario, el contrato de concesión objeto de licitación pública convocada por Megabús S.A., con la única y exclusiva condición de que el proponente Promasivo S.A., resultase adjudicatario de cualquiera de los contratos de concesión licitados.

Respecto a la alzada de la sociedad López Bedoya y Asociados & Cía S. en C, se itera, con base en las consideraciones anteriores, que la solidaridad se produjo no por ministerio de la ley, sino por su propio arbitrio, siendo válida esa voluntad en el plano del derecho civil o comercial, y que constituye la fuente de su llamamiento, al haber estampado su rúbrica en el contrato de concesión de manera solidaria con el Concesionario, a través de su representante legal, Álvaro de Jesús López Bedoya, lo que no da margen de duda en torno a su intención de hacerse como propias, las cláusulas del contrato de concesión, en especial la identificada con el número 122, que dispone mantener indemne a Megabus.

Por ende, como entidad solidaria de los compromisos asumidos por Promasivo SA., con el trabajador, está obligada a erogar el valor de las condenas impuestas a raíz de la responsabilidad solidaria impuesta a Megabús.

Así las cosas, quedan resueltos, en forma adversa todos los asuntos atinentes a la inconformidad de la sociedad López Bedoya y Asociados & S. en C.

En cuanto al ataque dirigido contra de la sentencia de primer grado por parte de la aseguradora, llamada en garantía, Liberty Seguros S.A., se dirá que no le asiste razón en punto a que la póliza no cubre la culpa grave, el dolo y los actos meramente potestativo, pues tales exclusiones no se advierten en el texto de la póliza, que por el contrario, lisa y llanamente, preceptúa que la misma garantiza el cumplimiento, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, en desarrollo del contrato de concesión No. 01 de 2004 de Megabus S.A., para el concesionario.

Y en orden a que no quede asomo de duda en cuanto a la cobertura de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, reza el documento visible a folio 271, en el punto 1.5 "*Amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales*", que estos amparos, se cubrirán a la entidad estatal contratante, de los perjuicios que le ocasionen, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales, que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional.

Así se consignó además en el contrato de concesión cuando exigió que la garantía de la póliza de cumplimiento debía cubrir el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los empleados del Concesionario que intervinieran en el cumplimiento del referido contrato de concesión (ver punto 73.7 Clausula 73).

De allí que resulte claro afirmar que siendo uno de los amparos, el de salarios y prestaciones sociales, al igual que las indemnizaciones laborales del personal empleado por el contratista, como se destacó precedentemente, según el contrato afianzado: "*solamente en los casos en los cuales pueda predicarse la solidaridad patronal con la entidad asegurada*".

Solidaridad, que no mereció reparo alguno en esta contención, puesto que la misma se desprende del ejercicio de la actividad del transporte masivo de pasajeros, a cargo de cada una de las accionadas, misma que aplicó la fuerza laboral desplegada por el actor, en cumplimiento del contrato de concesión No. 1 de 2004, bajo las órdenes de la contratista o concesionaria (art. 34 C.S.T.)

No prospera, por tanto, el recurso de la llamada en garantía.

Por último, en cuanto a las costas de primera instancia, por fuerza de lo aquí decidido, esa condena se reajustará en un 90% a favor del actor y en contra de Promasivo y Megabus, por partes iguales.

Igualmente, se condenará en costas de segunda instancia a favor de Megabús y a cargo de las sociedades SI 99 S.A., López Bedoya y Asociados y Liberty Seguros, por partes iguales, dado el fracaso de sus recursos.

Con lo expuesto, quedan resueltas en su totalidad las inconformidades propuestas por los apelantes.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Modificar** el ordinal 1º de la sentencia dictada 12 de junio de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de indicar que la finalización del contrato de trabajo se dio para el día 9 de julio de 2015, cuando el demandante presentó su carta de renuncia.
2. **Modificar** el ordinal 2º de la sentencia, en cuanto a que el valor de la condena global a título de salarios dejados de percibir desde agosto de 2014 al 9 de julio de 2015, cesantías del año 2013, 2014 y proporcional del año 2015, con los respectivos intereses del año 2014 y proporcional del 2015, prima de servicios del segundo semestre del 2014 y proporcional del 2015, las vacaciones del 19 de agosto de 2013 al 9 de julio de 2015, asciende a $20`108.029.
3. Revocar el ordinal 3º de la providencia, para en su lugar, **Condenar** a Promasivo S.A. a reconocer y pagar en favor del señor José Leonardo Pinzón Betancurt las siguientes sumas: (i) $5`625.058 a título de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., corrida desde el 10 de julio de 2015 al 25 de noviembre de 2015, a razón de un día de salario por cada día de retardo en cuantía de $41.667, y (ii) $21`000.168 a título de sanción por la no consignación de cesantías del año 2013 y 2014 prevista en el artículo 99 de la Ley 50/90, contabilizada desde el 15 de febrero de 2014 al 9 de julio de 2015, a razón igualmente de una suma diaria de $41.667.
4. **Modificar** el ordinal 8º de la sentencia, en el sentido imponer costas procesales de primer grado a cargo de Promasivo y Megabus y en favor del actor, en un 90 % por partes iguales.
5. **Condenar** en costas de segunda instancia a favor de Megabús y a cargo de las sociedades SI 99 S.A., López Bedoya y Asociados y Liberty Seguros, por partes iguales, dado el fracaso de sus recursos.
6. Confirma lo demás.

 *NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

ANEXO

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Concepto**  | **Salario base de liquidación**  | **Días Laborados - 19 agosto de 2014 al 9 de julio de 2015** | **Subtotal**  |
| Salarios | $1.250.013 | 320 | $13.333.472 |
| Cesantías  | $1.250.013 | 320 | $1.111.123 |
| Prima de Servicios  | $1.250.013 | 320 | $1.111.123 |
| Intereses a las cesantías  | $1.250.013 | 320 | $118.520 |
| Vacaciones | $1.250.013 | 320 | $555.422 |
| **TOTAL A PAGAR**  | **$16.229.660** |