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 respectiva Secretaría.

Providencia: **Sentencia de segunda Instancia, jueves 4 de octubre de 2018**

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00063-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Ovidio de Jesús Reyes Ramírez

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

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / RESPONSABILIDAD DEL OBLIGADO SOLIDARIO / INDEMNIZACIÓN POR MORA / LA APERTURA DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL ES JUSTA CAUSA PARA EXONERAR DE SU PAGO / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON BASE EN SOLIDARIDAD ASUMIDA VOLUNTARIAMENTE.**

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. (…)

Se ofrece, en cambio, un típico llamamiento en garantía, en la que la recurrente, por razón de la solidaridad a que se obligó, voluntariamente, en los términos atrás expresados, favorece directamente a Megabus S.A., puesto que, detállese que por el compromiso de asumir el rol de solidaria al lado del concesionario, la vincula todo su clausulado, entre ellas la 122 que sirvió de base para el llamamiento, en la que se acuerda 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.

… se considera que sólo con ocasión al proceso a la apertura del proceso de liquidación judicial, debidamente declarada por autoridad competente, la mala situación administrativa y financiera puede ser considerada como componente de buena fe, exonerativo de la sanción moratoria, en los términos expuestos por el órgano de cierre de esta especialidad laboral en sentencia SL 2833 de 1º de marzo de 2017 radicación Nº 53.793.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***OBJETO.***

En Pereira, a los cuatro (04) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (09:00 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 las codemandadas Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. López Bedoya y Asociados & Cia S en C, y Liberty Seguros S.A., contra la sentencia proferida el 1º de febrero de 2018, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por *Ovidio de Jesús Reyes Ramírez* 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 Megabus S.A., desde el 28 de marzo de 2011 al 26 de septiembre de 2014; (ii) la terminación del mismo por decisión unilateral del trabajador dadas las omisiones e incumplimientos del empleador, y (iii) 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 condene al pago de la liquidación final del contrato de trabajo, que incluye salarios de agosto y septiembre de 2014, vacaciones proporcionales, las cesantías e intereses a las mismas y la prima del segundo periodo del año 2014; así mismo, que se condene al pago de las cesantías del 2013, la indemnización por despido indirecto; la sanción por no pago de salarios y prestaciones sociales; los aportes al sistema pensional de los meses de abril a diciembre de 2013, y el reajuste de las cotizaciones de los ciclos de enero a junio de 2014, con el IBC correspondiente, más la indexación de las condenas y, las costas procesales a su favor.

Como aspectos fácticos refiere que se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de operador de bus, devengando un salario promedio para el 2013 de $ 1`206.728 y para el 2014 de $ 1`273.852; 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 Promasivo se hizo acreedor de varias multas por parte del ente gestor, ante el incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales a los trabajadores, siendo este el motivo por el que se produjeron 7 paros entre el 2012 y 2014, por lo que se suscribieron sendos acuerdos de mejoramiento, pero fueron incumplidos; que la gerente de Promasivo S.A. mediante oficio calendado el 1 de septiembre de 2014 le notificó al Presidente de la UNTT la existencia de contrato de trabajadores pese a la suspensión del servicio, asumiendo la carga contractual y prestacional; que pese a ello, desde el mes de agosto no se le cancelan las acreencias laborales, y en razón de ello, e trabajador decidió dar por terminado en forma unilateral el contrato de trabajo el 26 de septiembre de 2014. Indica que no se le cancelaron los aportes a seguridad social en pensiones de los meses de abril a diciembre de 2013, y de julio a septiembre de 2014; que durante los meses de enero a junio de 2014 el aporte se hizo sobre un IBC inferior al devengado; que las cesantías del 2013 y las vacaciones del último año de servicios no le han sido pagadas; que el 2 de septiembre de 2015 radicó ante Colpensiones reclamación administrativa, pero le fue resuelta negativamente; que Promasivo SA generó la colilla de pago No. 621 en la que reconoce la deuda laboral por valor de $ 4`867.882.

Promasivo S.A., aceptó los hechos relacionados con la existencia del vínculo laboral con el demandante en las fechas antes relacionadas, el cargo que desempeñó, el contrato de concesión que suscribió con Megabus S.A., entre otros. Se opuso a la declaratoria de despido indirecto, la responsabilidad solidaria por los perjuicios derivados del no pago de la liquidación del contrato, a la indemnización por falta de consignación de las cesantías, al pago de los aportes a pensión puesto que Colpensiones adelantó cobro coactivo de los mismos ante la Superintendencia de Sociedades, y a la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. Propuso las excepciones de fondo de Prescripción, inexistencia parcial de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, indebida acumulación de pretensiones, doble cobro de las acreencias laborales (fls.86 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. En su defensa, excepcionó Prescripción. 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.121 y ss).

La jueza accedió a tales llamamientos. 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 debidamente probado. Propuso como excepciones: Ausencia de solidaridad, Prescripción e Inexistencia de las obligaciones demandadas (fls.191 y ss).

Por su lado, Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., se opuso a las declaraciones y condenas impetradas en su contra, aduciendo que no guarda relación alguna con el demandante, 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.271 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, inexistencia de la obligación por inexistencia de causa jurídica, improcedencia de intereses moratorios, inexistencia de la obligación de indemnizar y, prescripción (fls.229 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, límite asegurado, no constitución en mora y oposición a medios de prueba emanados de terceros (fls.242 y ss).

***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El juzgado del conocimiento mediante providencia del 1 de febrero de 2018, puso fin a la primera instancia, declarando la existencia del contrato de trabajo habido entre Ovidio de Jesús Reyes Ramírez y Promasivo S.A. liquidada, entre el 28 de marzo de 2011 y el 18 de agosto de 2014; en consecuencia, condenó a Promasivo S.A. a cancelar en pro del actor las cesantías del año 2013 y 2014 por valor de $1`986.844; los intereses a las mismas por $ 63.307; vacaciones proporcionales del 2013 y 2014 $759.490, prima de servicios del segundo semestre del 2014 $ 171.863; salarios insolutos $733.383; indemnización por despido indirecto $ 3`847.139; sanción moratoria del artículo 65 CST $28`091.874 calculada con un día de salario por los primeros 24 meses de la fecha de terminación del contrato de trabajo y, a partir del mes 25, es decir, del 20 de agosto de 2016, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas y hasta cuando se salde el pago de la respectiva deuda. Así mismo, la condenó al pago de la sanción por no consignación de cesantías del año 2013, cuantíficada en $7`140.018; a los aportes al sistema de seguridad social peticionados y al reajuste de aquellos que se hicieron sobre la base de un salario mínimo. 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 Megabus, en razón a la suscripción de contrato de concesión, al igual que a Liberty Seguros S.A., en virtud de la póliza suscrita entre ambas. Condenó en costas a las demandadas y llamadas en garantía en un 90 % a favor del demandante.

Contra el mentado fallo se alzaron las llamadas en garantía SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados & Cia S en C, y Liberty Seguros S.A.

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 las acciones habían sido enajenadas desde el 2009, por ende ya no era accionista al momento del incumplimiento de Promasivo, ni tampoco podía ser garante del cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores, por lo que considera que al tenor de lo preceptuado en el artículo 406 del C.Co., su responsabilidad solidaria cesó desde el momento en que se hizo la inscripción de la venta en el libro de accionistas.

Liberty S.A., enfiló su inconformidad en que las exclusiones de la póliza contempla 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, de modo que al tenor del articulado de la póliza no existe cobertura en tales sentidos a favor del actuar del asegurado, amén de que tampoco cubre la totalidad de las acreencias laborales. Se quejó además de la imposición de costas.

Por su parte, la sociedad López Bedoya y Asociados y Cia S en C, se mostró inconforme con la liquidación de los salarios insolutos, la prima de servicios y, las indemnizaciones por despido indirecto, por no pago de salarios y prestaciones y, por no consignación de cesantías, pues a su juicio, estas acreencias deben ser calculadas con el salario básico devengado por el trabajador y no el promedio, como lo hizo la a-quo. Consideró además que la indemnización moratoria del artículo 65 C.S.T., debe limitarse hasta el 25 de noviembre de 2015, momento en que se dio apertura al proceso de liquidación de la entidad empleadora; y además, que para la indemnización por no consignación de cesantías debe tenerse en cuenta el salario devengado para el 2013.

**CONSIDERACIONES:**

**Del problema jurídico.**

*¿Hay lugar a modificar el monto base para liquidar la prima de servicios, los salarios insolutos y las indemnizaciones por despido indirecto, por no consignación de cesantías y no pago de salarios y prestaciones sociales, las cuales fueron reconocidas en primera instancia en favor de la demandante?*

*¿Hay lugar a limitar la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. hasta el 25 de noviembre de 2015?*

*¿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?*

*¿Procede la imposición de costas de primer grado a cargo de la compañía aseguradora?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para la adecuada solución de las controversias, por efectos prácticos, la Sala decidirá en primer lugar el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de López Bedoya y Asociados & Cía S. en C. respecto a que las acreencias laborales, tales como, prima de servicios, e indemnizaciones reconocidas por la a-quo deben ser liquidadas con el salario básico devengado por el trabajador y no con el promedio como lo hizo la jueza del conocimiento.

Para resolver, debe empezar la Sala por precisar que el salario, al tenor de los artículos 22 y 23 del Código Laboral, no es cosa distinta a la retribución que hace el empleador al trabajador por el servicio personal y subordinado prestado por este. Este concepto se amplía no solamente a la parte denominada salario como tal, sino a todo aquello que *“recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte” (art. 127 CST).*

Salario, pues, no es otra cosa, que el pago que se le hace al trabajador por el servicio que prestó y, está integrado, por todos aquellos pagos que busquen recompensar ese servicio de manera habitual. Así lo ha colegido la Sala de Casación Laboral en pacifica línea jurisprudencial, entre otras, en sentencia SL 4369 de 2015, cuando indicó:

*“Al respecto debe recordarse que se especifica como «salario básico u ordinario», el primero de los componentes del «salario», y lo conforman los pagos que efectúa el empleador al trabajador como contraprestación directa del servicio, sea variable o fija, en dinero o en especie, sin importar cualesquiera de los tipos de contingencia o circunstancia a que se haya visto sometido el trabajador, siempre que haya laborado en el respectivo período (el día, la semana, la quincena o el mes) según acuerdo entre las partes. Este concepto, del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, sumado a los pagos de otros factores salariales como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones, entre otros, a condición de que también remuneren directamente servicios, conforma lo que la doctrina llama solo «salario»”*

En el caso puntual, la sentenciadora de primer grado luego de revisar los distintos elementos de prueba vertidos en la actuación, concretamente, los desprendibles de nómina visibles a folios 45 a 62 y, las pruebas documentales arrimadas en medio magnético CD obrante a folio 103 vuelto, estimó que el demandante tenía un salario variable, que comprendía el salario base, la bonificación mensual de $100.000 que recibía el trabajador en forma habitual, sin falta, cada mes y, los distintos recargos nocturnos, dominicales y festivos o trabajos suplementarios laborados en el mes, por lo que concluyó que el salario promedio mensual para los años 2013 y 2014, ascendía a $1`170.495 y $1`288.972, respectivamente, incluyendo el auxilio de transporte. Tal razonamiento, en modo alguno fue objeto de reproche por alguno de los contendientes, y en tal virtud, debe mantenerse incólume en esta sede.

De suerte que, son esos salarios los que deben tomarse en cuenta al momento de calcular las distintas acreencias laborales surgidas en favor del trabajador, debiéndose además tener en cuenta a la hora de liquidar, si el auxilio de transporte debe o no ser incorporado, pues como es sabido, existen acreencias como las vacaciones, que no permiten la inclusión de dicho auxilio; y otras prestaciones como las cesantías, intereses a las mismas y la prima de servicios, en que el auxilio de transporte debe necesariamente ser incorporado como base para su liquidación, por disposición del artículo 7º de la Ley 1ª de 1963 que reglamenta: “*Considerase incorporado al salario, para todos los efectos de liquidación* ***de prestaciones sociales****, el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959 y decretos reglamentarios”.*

No obstante, no sucede lo mismo para el cómputo de salarios insolutos de una fracción de tiempo laborada en el mes, como ocurre en este caso, en que la a-quo determinó que al actor se le adeudaban 18 días de salario correspondientes al mes de agosto de 2014, puesto que para la liquidación de esos días, deben tenerse en cuenta dos factores: (i) que el trabajador tenía un salario variable que estaba determinado como se dijo antes, por el salario base de $895.352, más la bonificación mensual de $100.000 que recibía en forma habitual y, por el trabajo suplementario y los recargos del mes, situación que llevaba a que cada mes obtuviera un salario diferente y, (ii) que el auxilio de transporte no hace parte del salario, ni constituye ingresos o contraprestación del servicio al trabajador, pues su finalidad u objeto es reintegrarle a este las sumas en que ha debido incurrir para transportarse hasta su lugar de trabajo. Por ende, el auxilio de transporte no debe incluirse como base para liquidar salarios insolutos.

De suerte que aflora la equivocación de la a-quo al haber tomado en cuenta para la liquidación de este rubro, el auxilio de transporte y, el salario promedio del año 2014.

Pues bien, revisado el desprendible de nómina del mes de agosto de 2014, que obra en el CD de folio 103, se observa que Promasivo relacionó como ítems constitutivos de salario: $895.352 de salario base, $208.915 por dominicales, $34.275 por recargos, y $100.000 de bonificación mensual, lo cual permite afirmar que el salario devengado por el trabajador, de haber laborado todo el mes, alcanzaría la suma total de $1`238.542, empero, como el contrato de trabajo se limitó hasta el día 18 de agosto, la condena por esos dieciocho días de salario insoluto arrojan un valor de $ 743.125 y no de $773.383, como lo adujo la a-quo. Por ende, se modificará tal rubro.

En cuanto a la prima de servicios, tal como se anunció precedentemente, para su liquidación deben tomarse en cuenta todos los pagos que recibe el trabajador que constituyan salario, y además, incluir el auxilio de transporte por disposición legal. Luego entonces, la decisión de la a-quo de tomar el salario promedio mensual de $1`288.972, como base para la liquidación de esta prestación social se torna acertada, y por ende, se confirmará.

En relación con la indemnización por despido indirecto, se considera que para su liquidación debe tenerse en cuenta únicamente el salario, excluyéndose el auxilio de transporte y las prestaciones sociales. Ahora bien, en casos como el presente, donde el salario es variable, la base para la liquidación de esta indemnización es el promedio de lo devengado por el trabajador en el último año o en el periodo que lleve laborando si este es inferir a un año.

En ese orden, habiéndose determinado en primera instancia que el salario promedio para el 2014 es de $ 1`288.972, incluido el auxilio de transporte, basta hacer una simple operación matemática deduciendo dicho el valor del auxilio, que para esa calenda ascendía a $72.000 mensuales, para concluir que la base salarial que se debe tener en cuenta para liquidar la indemnización por despido indirecto asciende a la suma de $ 1`216.972.

Efectuados los cálculos respectivos, según el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta final que se suscriba con ocasión de esta diligencia, se obtiene la suma de $ 3`160.071, monto que resulta levemente superior al calculado por la a-quo en cuantía de $3`158.042, por ende, en virtud del principio de la no reformatio in pejus se mantendrá este último valor.

Respecto a la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50/90, a la cual accedió la a-quo, solicita la entidad recurrente que se liquide con base en el salario promedio mensual devengado para el año 2013 y no el del 2014.

En efecto, se considera que pese a que la base para liquidar este tipo de indemnizaciones es el salario mensual del año en que se causan las cesantías de un determinado tiempo laborado, pues lo que se castiga es el incumplimiento de la obligación de consignar esa prestación a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, lo cierto es que en este asunto tal solicitud no tiene mérito, pues al realizar los cálculos considerando el salario promedio mensual obtenido por la a-quo para el año 2013 de $1`170.495, y un total de 184 días de retardo contados desde el 15 de febrero al 18 de agosto de 2014, calenda en que finalizó la relación laboral, se obtiene la suma de $7`179.036, cifra que es superior a la calculada por la a-quo en $7`140.018. Por consiguiente, tampoco podrá modificarse esta condena, en virtud del principio de la no reformatio in pejus.

Por último, solicita el apoderado judicial de la sociedad López Bedoya y Asociados Cia S en C, que la condena al pago de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales contemplada en el artículo 65 del C.S.T., se limite hasta el 25 de noviembre de 2015, calenda en que la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de Promasivo S.A.

Para resolver, conviene precisar que si bien Promasivo S.A. no mostró razones atendibles que pudieran ubicar su actuar en el plano de la buena fe, tal como quedó acreditado en primera instancia sin que dicho tema fuese motivo de inconformidad, lo cierto es que con ocasión a la apertura del proceso de liquidación judicial de Promasivo S.A., el 25 de noviembre de 2015, dispuesta por la Superintendencia de Sociedades, no es dable extender este tipo de sanciones más allá de esa calenda, puesto que la intervención estatal en las empresas, está destinada a proteger no sólo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de todos los trabajadores, razón por la que no puede el agente liquidador disponer libremente de los recursos, ya que le corresponde hacer un uso adecuado de ellos con el objeto de mantener el equilibrio de la compañía, precisamente con el fin de no perjudicar los intereses de los trabajadores, en los términos expuestos por el órgano de cierre de esta especialidad laboral en sentencia SL 2833 de 1º de marzo de 2017 radicación Nº 53.793.

Por ende, dado que el demandante presentó esta acción judicial dentro de los 24 meses siguientes a la finalización de su contrato laboral, la condena por este concepto corresponde a un salario diario por valor de $40.566, contados desde el 19 de agosto de 2014, día siguiente a la finalización de la relación laboral y, hasta el 25 de noviembre de 2015, calenda en que se dio apertura al proceso de liquidación judicial, como lo solicitó la sociedad recurrente. Tal condena asciende a la suma de $18`497.974. Por ende, se modificará este segmento de la sentencia.

Con lo expuesto, quedan resueltos los puntos de inconformidad propuestos por la sociedad López Bedoya y Asociados Cia S en C.

Ahora bien, para resolver los cuestionamientos propuestos por la llamada en garantía, Sistema de Transporte Masivo SI 99 S.A., encaminados a la exoneración de la responsabilidad solidaria, es menester hacer las siguientes acotaciones:

La razón de ser o de la existencia de 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.

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.

El asunto que cuestiona la accionada, Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., a quien luego de las rubricas del documento de concesión, estampó también su firma 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 SI 99 SA y López Bedoya y Asociados), 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.

Se ofrece, en cambio, un típico llamamiento en garantía, en la que la recurrente, por razón de la solidaridad a que se obligó, voluntariamente, en los términos atrás expresados, favorece directamente a Megabus S.A., puesto que, detállese que por el compromiso de asumir el rol de solidaria al lado del concesionario, la vincula todo su clausulado, entre ellas la 122 que sirvió de base para el llamamiento, en la que se acuerda 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 (a), 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.).

Empero, en ambas hipótesis, la repercusión en el patrimonio del trabajador (a), 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 que se pasa a revisar los demás argumentos esgrimidos por la recurrente accionada.

La sociedad Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A SI 99, se mostró ajena a la solidaridad que pactó en el documento de concesión, puesto que aduce que las acciones ya habían sido vendidas con anterioridad, sin embargo el condicionamiento de ser accionista de una u otra compañía, no fue el que tuvo en cuenta al asumir su calidad de obligada solidaria al firmar el contrato de concesión, pues así se colige (i) del oficio R1405 del 24 de julio de 2013, a través del cual Promasivo le informa a Megabus que en consideración a que la sociedad SI 99 suscribió solidariamente el contrato de concesión 01 de 2004, tal solidaridad no ha sido levantada, ni aun con la venta de sus acciones, y que por ende, la misma permanece vigente y, (ii) con la participación y asistencia de esa entidad, en condición de solidario suscriptor del contrato de concesión, a las distintas audiencias que adelantó Megabús con el propósito de investigar el presunto incumplimiento de las obligaciones laborales de Promasivo S.A., y que culminaron con la imposición de multas y sanciones a ese operador, conforme se extrae de las Resoluciones 038 de 2012, 109 y 118 de 2014, 183 de 2015 y 019 de 2016, allegadas en medio magnético Cd –fl.664.

Por fuera de lo dicho, obra también el anexo No. 1 del formato de presentación de la propuesta y acreditación de la capacidad económica, en el que se lee que la sociedad SI 99 S.A. 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.

En cuanto al ataque dirigido contra de la sentencia de primer grado por parte de la aseguradora, llamada en garantía, 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 282, 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.).

Por último, en cuanto a la condena en costas que impuso la a-quo a cargo de la entidad recurrente SI 99, se observa que la misma se encuentra ajustada a derecho, como quiera que la entidad salió vencida en juicio ante el llamamiento que le hiciere Megabús. No prospera, por tanto, el recurso de la llamada en garantía.

Las costas en esta instancia serán a cargo de las sociedades SI 99 S.A. y Liberty Segurosdada la improsperidad de sus alzadas.

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

En suma, se modificará el ordinal 3º de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral No. 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Modificar**el ordinal 3º de la sentencia dictada 1º de febrero de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de indicar:

**a)** que el valor del salario insoluto por los 18 días del mes de agosto de 2014 asciende a $ 743.125.

**b)** que la condena por indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, asciende a $18`497.974, correspondiente a un salario diario de $40.566, contado desde el 19 de agosto de 2014, día siguiente a la finalización de la relación laboral y, hasta el 25 de noviembre de 2015.

**2. Confirma** todo lo demás.

**3**. Costas en esta instancia a cargo de las sociedades SI 99 S.A. y Liberty Seguros, dada la improsperidad de sus alzadas.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

**ANEXO I**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Concepto** | **salario** | **No. días** | **Total** |
| Indemnización x despido | $1.216.972 | 77,9 | $3.160.071 |
| Indemnización x no consignación cesantías | $1.170.495 | 184 | $7.179.036 |
| Sanción Art. 65 CST | $40,566 (diario) | 456 | $18.497.974 |