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 7 de marzo de 2019

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00284-02

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Jorge Luis Hincapié Ospina

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 / NOVACIÓN / REQUISITOS / NO SE CUMPLEN EN ESTE CASO / COBERTURA DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA.**

La novación, de conformidad con el artículo 1687 del Código Civil es un modo de extinguir las obligaciones, y consiste básicamente en cambiar o sustituir a través de un acto jurídico, la obligación primitiva por otra nueva. El artículo 1693 ibídem, es categórico al imperar que, “para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indubitablemente que su intención ha sido novar...” Frente al tema, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de vieja data pero que tiene plenos efectos al caso que nos concita, reiteró un pronunciamiento anterior en los siguientes términos: “Sobre el particular ha corroborado la doctrina, que “para que la extinción –por novación- se produzca y para que la sustitución sea plenamente derogatoria, es necesario, o bien una expresa cláusula derogatoria, o bien una objetiva incompatibilidad o contradicción entre ambas reglamentaciones o sistemas de organización de intereses” . “Y por lo mismo, el Juzgador no podrá aceptar la presencia de novación sino delante de una expresión liberatoria de parte del acreedor. Allí no cabe inferir el animus novandi, o liberardi de indicios...”.

Partiendo de ese supuesto, esto es, que el contrato de concesión 01 de 2004 no fue modificado en su objeto esencial, sino que únicamente a través de los otros sí se hicieron simples adecuaciones y ajustes encaminados a mejorar y optimizar la prestación servicio público de transporte masivo de pasajeros, para lo cual fue necesaria la ampliación de la póliza de seguros a cargo de Promasivo SA, no puede predicarse entonces la novación en relación con uno de los que fue rotulado como deudor solidario del contrato de concesión, en tanto que, no se está cambiando una obligación por otra sino que, se itera, simplemente, se están materializando los ajustes a la obligación que inicialmente había sido contraída.

De suerte que, en los términos del artículo 1687 del Código Civil, no hay novación si no hay sustitución de una obligación por otra.

En relación con el cuestionamiento de la compañía aseguradora Liberty Seguros, 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.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

# SALA DE DECISIÓN LABORAL

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los siete (07) días del mes de marzo de dos mil diecinueve (2019), siendo las once y quince de la mañana (11:15 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. y Liberty Seguros S.A., contra la sentencia proferida el 6 de junio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por *Jorge Luís Hincapié Ospina* 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 desde el 28 de enero de 2013 al 14 de julio de 2014; (ii) que Megabús es solidariamente responsable de las acreencias laborales adeudadas. En consecuencia, pide que se condene a las demandadas a pagar la liquidación final del contrato de trabajo; las cesantías del año 2013, la sanción por no consignación de cesantías y por no pago de salarios y prestaciones sociales; los aportes al sistema pensional correspondientes al tiempo en que se mantuvo vigente la relación laboral, más la indexación de las condenas y, las costas procesales a su favor.

Como aspectos fácticos refiere que se vinculó con Promasivo SA mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de operador de bus, devengando un salario promedio mensual para el 2013 de $1`203.964 y para el 2014 de $1`332.261; 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, y pese a que se suscribieron sendos acuerdos de mejoramiento, estos fueron incumplidos; que los aportes al sistema general de pensiones no fueron pagados o se realizaron sobre una base de cotización inferior a la que realmente correspondía; que no se le consignaron las cesantías del año 2013; que no se le ha pagado la liquidación final del contrato de trabajo; que el 17 de julio de 2014 Promasivo SA aceptó su renuncia; que el 17 de julio de 2015 radicó reclamación administrativa ante Megabús, misma que fue resuelta desfavorablemente el 20 de agosto de ese mismo año.

Promasivo S.A. en liquidación, aceptó los hechos relacionados con la existencia del vínculo laboral con el demandante, los extremos, el cargo que desempeñó, el salario básico pactado, la renuncia presentada por aquel, la no consignación de cesantías del año 2013, y el contrato de concesión que suscribió con Megabus S.A. De otra parte, advirtió que los aportes a pensión fueron cancelados a Porvenir SA. Se opuso casi la totalidad de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de fondo: Prescripción, Inexistencia parcial de las obligaciones demandadas, Cobro de lo no debido, indebida acumulación de pretensiones y Doble cobro de las acreencias laborales (fls.105 a 110).

Megabus S.A., se opuso a las pretensiones, replicó que su contratista y concesionaria Promasivo S.A., gozaba de plena autonomía y libertad para contratar su personal, razón por la cual regentó su calidad de empleador. En su defensa, excepcionó Prescripción y 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.122 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.246 a 276).

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 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.289 a 348).

Liberty seguros S.A., se opuso igualmente a las declaraciones y condenas de la demanda inicial. 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.199 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.212 y ss).

***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El juzgado del conocimiento mediante providencia del 6 de junio de 2018, puso fin a la primera instancia, declarando la existencia del contrato de trabajo habido entre Jorge Luís Hincapié Ospina y Promasivo S.A. liquidada, entre el 28 de enero de 2013 y el 14 de julio de 2014; en consecuencia, condenó a Promasivo S.A. Liquidada, a cancelar en pro del actor las siguientes sumas: $568.493 correspondientes a 14 días de salario correspondientes del mes de julio de 2014, junto con el auxilio de transporte por valor de $40.346 debidamente indexada; vacaciones proporcionales causadas durante la relación laboral $1`010.133, debidamente indexadas; prima de servicios del 2014 $47.411; cesantías del tiempo laborado $1`658.399; intereses a las mismas $78.839; sanción por no consignación de cesantías del 2013 generada a partir del 15 de febrero al 14 de julio de 2014 $6`495.606; el reajuste de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el tiempo que permaneció la relación laboral, junto con los respectivos intereses y rendimientos, debiendo tener en cuenta los salarios realmente devengados por el trabajador, los cuales estableció mensualmente en cuadro anexo; al pago de la indemnización moratoria que contempla el articulo 65 CST, a razón de un salario diario de $40.638, calculada desde el día siguiente a la terminación del contrato de trabajo y hasta el 26 de noviembre de 2015, condena que asciende a $19`994.289.

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 entidades vencidas en juicio.

Contra el mentado fallo se alzaron las llamadas en garantía SI 99 S.A., y Liberty Seguros S.A. Sistema Integrado de Transporte Masivo SI 99 S.A., mostró su inconformidad con la solidaridad que se le deduce con el llamamiento en garantía, aduciendo que con la suscripción de los Otros Sí, se modificó la esencia del contrato de concesión Nº 01 de 2004 del que esa entidad era garante, por lo tanto, como no había participado en la suscripción de los mismos, se presenta una novación de la obligación que la exonera de cualquier responsabilidad solidaria frente a Megabús S.A.

Por su parte, Liberty S.A., enfiló su recurso 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 procesales.

**CONSIDERACIONES:**

 **Del problema jurídico.**

*¿Debe responder solidariamente la sociedad SI 99 S.A. frente a Megabús S.A. como lo concluyó la a-quo, o por el contrario, se configuró una novación de las obligaciones con la suscripción de los otros sí al Contrato de Concesión 01 de 2004?*

*¿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***

 La novación, de conformidad con el artículo 1687 del Código Civil es un modo de extinguir las obligaciones, y consiste básicamente en cambiar o sustituir a través de un acto jurídico, la obligación primitiva por otra nueva.

El artículo 1693 ibídem, es categórico al imperar que, “*para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indubitablemente que su intención ha sido novar...*”.

Frente al tema, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de vieja data pero que tiene plenos efectos al caso que nos concita, reiteró un pronunciamiento anterior en los siguientes términos:

*“Sobre el particular ha corroborado la doctrina, que “para que la extinción –por novación- se produzca y para que la sustitución sea plenamente derogatoria, es necesario, o bien una expresa cláusula derogatoria, o bien una objetiva incompatibilidad o contradicción entre ambas reglamentaciones o sistemas de organización de intereses”[[1]](#footnote-1). “Y por lo mismo, el Juzgador no podrá aceptar la presencia de novación sino delante de una expresión liberatoria de parte del acreedor. Allí no cabe inferir el animus novandi, o liberardi de indicios...”[[2]](#footnote-2)*

*“La novación no se hace de otro modo que si los contratantes manifestasen terminantemente querer realizarla, pues en otro caso subsiste la primitiva obligación” (Non aliter fit novatio, quam si novare se diserte contrahentes expresserint, aliquiu manet pristina obligatio)”.* *Sentencia No. 7304 del 12 de agosto de 2003, MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.*

Por su parte, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 16 de febrero de 2001, Radicación 14.586, M.P. Luís Gonzalo Toro Correa, consideró:

*“De otro lado, para que exista novación, en los términos del Código Civil, es necesario que la obligación nueva sea sustancialmente diferente a la anterior que sustituye (art. 1690 C. C.)*

*En ocasión anterior tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo del Trabajo sobre el fenómeno de la novación y aunque el asunto allí debatido era sustancialmente diferente al aquí planteado, resulta pertinente rememorar lo que en cuanto a la nueva obligación sustitutiva dijo y que aún tiene vigencia:*

*“No habiendo, como en el caso que se examina, ni cambio de personas, ni de objeto, pero ni siquiera modificaciones expresas pactadas en relación con la obligación primitiva es injurídico admitir que se haya presentado el fenómeno de la novación, y muchísimo menos que por el silencio guardado por una de las partes en lo tocante al salario que debió recibir, pueda presumirse la intención de novar las condiciones de su contrato con la empresa demandada.” (cas. 4 de junio de 1948 M. P. Dr. Diógenes Sepúlveda Mejía).*

Esclarecido lo anterior, de entrada la Sala advierte que no le asiste razón a la sociedad SI 99 S.A. cuando alega la novación de la obligación como eximente de la responsabilidad solidaria que asumió en forma voluntaria con la suscripción del Contrato de Concesión 01/2004.

Esto, por cuanto los “Otros sí” al contrato que fueron debidamente suscritos por el concedente y el concesionario, es decir, Megabus SA y Promasivo SA en su orden, y que fueron aportados al proceso en medio magnético CD, a folio 140 vto., se basan en modificaciones contractuales y ajustes respecto a las obligaciones relacionadas con el patio troncal, los diseños de las obras de construcción y adecuación de este; la forma de vinculación de los autobuses troncales y alimentadores a la operación; las especificaciones técnicas y ajustes exigidos dentro de la tipologías de buses, a fin de establecer características de apariencia interna y externa, de diseño específicas en cuanto a seguridad, silletería y condiciones especiales para vehículos nuevos; dotación del patio troncal en relación con el abastecimiento de combustible y mantenimiento de la flota de buses; la infraestructura para la fase de operación temprana y su tiempo o plazo de duración; la prórroga de la cobertura de aseguramiento de la etapa de operación temprana y ampliación de la póliza, entre otras.

Nótese además que en los otros sí No. 1 y 5 se consignó expresamente que las demás cláusulas del contrato de concesión 01 de 2004 que no fueron objeto de modificación continúan vigentes, por ende, conservan aplicabilidad y plenos efectos. En términos similares, el otro sí No. 2 estableció que las demás consideraciones del contrato de concesión se mantienen con los ajustes incorporados.

Es así que contrario a lo estimado por la recurrente, nada se dijo respecto al objeto esencial del contrato de concesión 01 de 2004, consistente en: la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas troncales del Sistema Megabús, a través de la participación del Concesionario en los recursos económicos generados por la prestación del servicio. Y la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas Alimentadoras que conforman la Cuenca Alimentadora CUBA, a través de la participación del Concesionario en los recursos económicos generados por la prestación del servicio.

Partiendo de ese supuesto, esto es, que el contrato de concesión 01 de 2004 no fue modificado en su objeto esencial, sino que únicamente a través de los otros sí se hicieron simples adecuaciones y ajustes encaminados a mejorar y optimizar la prestación servicio público de transporte masivo de pasajeros, para lo cual fue necesaria la ampliación de la póliza de seguros a cargo de Promasivo SA, no puede predicarse entonces la novación en relación con uno de los que fue rotulado como deudor solidario del contrato de concesión, en tanto que, no se está cambiando una obligación por otra sino que, se itera, simplemente, se están materializando los ajustes a la obligación que inicialmente había sido contraída.

De suerte que, en los términos del artículo 1687 del Código Civil, no hay novación si no hay sustitución de una obligación por otra.

No prospera, por ende, el recurso de apelación interpuesto por la sociedad SI99.

En relación con el cuestionamiento de la compañía aseguradora Liberty Seguros, 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 224, 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 ende, acertó la a-quo al declarar que le corresponde a Liberty Seguros S.A. responder por las sumas que por dichos conceptos se haya condenado a Megabús S.A. en su calidad de beneficiaria de los servicios prestados por el accionante, sin embargo, debe advertirse que sólo puede ser afectada hasta el monto asegurado, tal y como se determina en la cláusula 4ª de la misma y en ese aspecto, habrá de adicionarse el ordinal 5º de la sentencia.

Por último, en relación con la condena en costas procesales a que fue condenada dicha compañía aseguradora, encuentra la Sala que al no existir oposición frente al llamamiento en garantía y prosperar en forma parcial la petición encaminada a condicionar la afectación de la póliza al monto o asegurado, es procedente al tenor de lo dispuesto en el num. 5º del artículo 365 del C.G.P., la exoneración de costas de primer grado. En tal virtud, se revocará parcialmente el ordinal 7º en ese sentido.

Las costas en esta instancia serán a cargo de la sociedad SI 99 S.A., dada la improsperidad de su alzada.

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. 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Adicionar** el ordinal 5º de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 6 de junio de 2018, en el sentido de limitar la responsabilidad de la asegurada Liberty Seguros S.A., hasta el monto asegurado, tal y como se determina en la cláusula cuarta de la póliza.
2. **Revocar parcialmente** el ordinal 7º de la sentencia apelada, para en su lugar, **Absolver** a la sociedad Libery Seguros S.A. de la condena en costas de primera instancia.
3. **Confirmar** todo lo demás.
4. Costas en esta instancia serán a cargo de la sociedad SI 99 S.A.

 *NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

 **JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrado

1. Luis Díez-Picazo. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Madrid. Tecnos. 1979. Pág. 787. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fernando Hinestrosa. Tratado de las obligaciones, T. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Págs. 713 y 714. [↑](#footnote-ref-2)