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 16 de mayo de 2019

Radicación No: 66001-31-05-001-2016-00194-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jhon Albeiro Pérez Obando

Demandado: Megabús S.A. y otros

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: INTERVENCIÓN ESTATAL DE UNA EMPRESA POR CRISIS ECONÓMICA COMO EXIMENTE DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA –CASO EXCEPCIONAL-. NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES. COBERTURA PÓLIZA DE SEGURO.**

El segundo punto de inconformidad propuesto, consistente en que se declare que con ocasión a la suscripción de los otros sí, se modificó la esencia del contrato de concesión No. 01 de 2004 del cual era garante, y en consecuencia se presentó una novación, figura disciplinada en el artículo 1687 del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones consistente en cambiar la obligación primitiva por otra nueva, siendo “necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indubitablemente que su intención ha sido novar...” (1693 ibídem).

El tema, ha sido abordado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia… y también por su homóloga laboral…, en las que se hace énfasis acerca de la existencia de un verdadero y auténtico cambio de la obligación por otra, y no en simples modificaciones leves o adjetivas sin repercusiones de significación alguna alrededor objeto de la obligación pactada primigeniamente.

En ese orden, los cambios introducidos, en los “Otros sí”, al contrato de concesión, del cual la recurrente, fue una de sus adherentes, como solidaria, y que milita en medio magnético CD, a folio 131, versan sobre modificaciones y aspectos netamente operativos del sistema de transporte, sin que revelen cambios sustanciales acerca del objeto a que se comprometió originalmente la concesionaria

Por ende, la esencia de la obligación, se conservó intacta, tal cual se consignara en los otros sí Nos. 1 y 5 y de similar manera en el otro sí No. 2.

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 SI 99. (…)

Tampoco le asiste razón al apelante cuando afirma que la póliza de seguros no cubre lo concerniente a las vacaciones y aportes a pensión reconocidos en primera instancia, por cuanto si bien el punto 1.5 en comento, hace alusión al amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, tal enunciación es apenas ejemplificativa, sin que tales rubros puedan entenderse en forma taxativa o restrictiva, pues el documento en mención seguidamente puntualizó que se cubrirá a la entidad estatal contratante de todos los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que este obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional.

Luego entonces, si bien es cierto que no se hace una mención explicitica de la cobertura del pago de las vacaciones y de los aportes a seguridad social en pensiones, también lo es que estos sí están implícitamente cobijados por la póliza, la cual se itera, fue suscrita para garantizar el pago de la totalidad de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista, es decir, Promasivo S.A. frente a sus trabajadores.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

# SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los dieciséis (16) días del mes de mayo de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas Sistema Integrado de Transporte Masivo SI 99 S.A. y Liberty Seguros S.A. contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **Jhon Albeiro Pérez Obando** contra **Promasivo S.A. en liquidación, 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**

Pretende el demandante se declare la existencia del contrato de trabajo habido con Promasivo S.A. entre el 13 de febrero de 2013 y el 25 de noviembre de 2015, y en consecuencia, se condene a esa sociedad y solidariamente a Megabús S.A., pagar los salarios adeudados desde julio de 2014, las primas de servicios desde el año 2014, las cesantías e intereses a las mismas generadas desde el 2013, las vacaciones causadas desde el 2014, la dotación y calzado de labor, la indemnización por despido injusto y por no pago de prestaciones sociales contenidas en los artículos 64 y 65 CST, la sanción moratoria prevista en el artículo 66 de la Ley 50/90, el pago de los aportes a pensión dejados de cancelar o cotizados sobre una base salarial inferior, más las costas del proceso.

Como fundamento a esos pedimentos, expone que prestó sus servicios personales bajo la continuada dependencia y subordinación de Promasivo, para desempeñar el cargo de operador de bus alimentador del Sistema de Transporte Masivo, cumpliendo los horarios establecidos; que la asignación salarial para el año 2013 y 2014, sin incluir el trabajo suplementario, fue de $840.706 y 895.352, respectivamente; que recibía una bonificación mensual habitual de $ 100.000; que su empleador realizó cotizaciones al sistema de pensional sobre una base inferior a la que correspondía en los ciclos de noviembre de 2013 y los años 2014 y 2015; que no realizó el pago en los meses de abril a diciembre de 2013, y de marzo a noviembre de 2015; que no le suministró dotación de calzado y vestido de labor entre enero de 2014 y noviembre de 2015; que sólo se le cancelaron salarios hasta el mes de junio de 2014, razón por la cual presentó acción de tutela, conocida por el Juzgado Octavo Civil Municipal, quien mediante sentencia dictada el 19 de septiembre de 2014 le amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y vida en condiciones dignas y justas y dispuso el pago de los salarios generados con posterioridad, sin que a la fecha se haya dado cumplimiento; aduce 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 la agente liquidadora de Promasivo le entregó el acta de liquidación del contrato No. 723, donde reconoce por concepto de acreencias laborales adeudadas la suma total de $23`391.673, y teniendo como fecha de terminación injustificada de la relación laboral el 25 de noviembre de 2015; que a la fecha no le han cancelado dichos dineros; y que el 21 de diciembre de 2015 presentó ante el empleador y Megabús la respectiva reclamación administrativa para el pago de la liquidación final, sin embargo, esta última se negó.

Admitida la demanda, se dispuso el traslado a los demandados.

Promasivo S.A. en liquidación, aceptó los hechos relacionados con la existencia del vínculo laboral con el demandante, el salario básico devengado y la bonificación mensual, aclarando que no era constitutiva de salario, el contrato de concesión que suscribió con Megabus S.A., las dificultades en la prestación del servicio, el extremo inicial de la relación, entre otros. Se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. En su defensa, propuso como excepciones de fondo: “Prescripción”, “Inexistencia parcial de las obligaciones demandadas”, “Cobro de lo no debido” e “Indebida acumulación de pretensiones”, ver folios 180 a 189.

Megabus S.A., se opuso igualmente a las pretensiones. Replicó que su contratista y concesionaria Promasivo S.A., gozaba de plena autonomía y libertad para contratar el personal requerido, por ende, Megabús no tiene compromiso en este asunto, en los términos y para los efectos de la cláusula de indemnidad que se pactó con el concesionario. Propuso como único medio exceptivo el de “Prescripción”. En escrito anexo llamó en garantía a SI 99 S.A., López Bedoya y Asociados y Cia. S. en C., y a la Compañía Liberty Seguros S.A., ver folios 119 a 176.

La jueza accedió a los llamamientos.

Liberty seguros S.A., se opuso a las declaraciones y condenas iniciales. Propuso como excepciones de fondo “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”, “Improcedencia de reconocimiento de intereses moratorios”, “Inexistencia de la obligación de indemnizar” y “Prescripción”, ver fls.210 y ss. Se opuso, igualmente, a las pretensiones del llamamiento, indicando que se atiene a lo que resulte probado en el proceso, por cuanto la responsabilidad debe circunscribirse a los términos, condiciones y exclusiones de la póliza vigente al momento de producirse los hechos de la demanda. 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 por parte del beneficiario”, y “Oposición a medios de prueba emanados de terceros”, ver folios 226 a 232.

Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., se opuso a las declaraciones y condenas impetradas en su contra, aduciendo que su responsabilidad solidaria se surte con respecto a las relaciones surgidas única y exclusivamente entre Promasivo S.A. y Megabus S.A., y no frente a terceros que no formaron parte del contrato de concesión. Puso de presente además que la sociedad enajenó sus acciones desde el año 2009, por lo que dejó de ser parte del concesionario, de suerte que, los hechos que se alegan en la demanda no le son oponibles. Propuso como excepciones de fondo: “Falta de Legitimación por pasiva”, “Cobro de lo no debido por inexistencia de obligación y por ausencia de causa”, “Inexistencia de solidaridad”, “Buena fe” y “Prescripción”, ver folios 254 a 317.

López Bedoya y Asociados & Cia. S. en C., se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento, indicando que no es la llamada a responder solidariamente por las obligaciones laborales peticionadas en los términos del artículo 34 CST, y se atuvo a lo probado en el proceso. Propuso como excepciones de fondo: “Petición antes de tiempo”, “Inexistencia del demandante o del demandado”, “Ausencia de solidaridad”, “Prescripción”, e “Inexistencia de las obligaciones demandadas”, ver folios 320 a 349.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de primer grado dictó fallo el 28 de agosto de 2018, en el que declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y Promasivo S.A. liquidada, desde el 13 de febrero de 2013 y el 25 de noviembre de 2015, y en consecuencia, condenó a este al pago de la indemnización por despido injusto, salarios dejados de percibir desde el 2014, auxilio de cesantías desde el año 2013, intereses a las mismas del año 2015, prima de servicios del año 2015, vacaciones compensadas del 2014 y 2015, indemnización por despido injustificado, sanción moratoria por no consignación de las cesantías causadas en el 2013 y 2014, y aportes a seguridad social en los periodos reclamados.

Dispuso que Megabus SA., era solidaria, así mismo, condenó en el mismo nivel de solidarias a las sociedades SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados, por las obligaciones de Megabus, en razón de la suscripción del contrato de concesión, al igual que a Liberty Seguros en virtud de la póliza y hasta el límite del valor asegurado. Negó las demás pretensiones. Por último, impuso las costas a cargo de Promasivo y Megabús en favor del demandante en un 80 % de las causadas y, a las llamadas en garantía a favor de Megabús.

**APELACIÓN**

 El procurador judicial de SI 99 S.A. se mostró inconforme con la solidaridad que se le deduce con el llamamiento en garantía, aduciendo que su participación accionaria fue sido vendida con anterioridad al incumplimiento en el pago de las obligaciones laborales del trabajador, por lo que al no ser socio de Promasivo, no está llamado a responder por las condenas impuestas. De otra parte, aduce que la suscripción de los Otros Sí, modificó la esencia del contrato de concesión Nº 01 de 2004 del que era garante, por lo tanto, al no haber participado en la suscripción de los mismos, se da la figura de la novación de la obligación, como eximente de cualquier responsabilidad solidaria frente a Megabús S.A.

 Por su parte, Liberty Seguros S.A se alzó contra la decisión indicando que; (i) las exclusiones de la póliza contemplan la culpa grave, el dolo y los actos meramente potestativos, y dado que Promasivo, en calidad de tomador y Megabus como asegurado, incumplieron sus obligaciones contractuales, no existe cobertura en el pago de indemnizaciones moratorias, al tenor de lo preceptuado en el artículo 1055 del C. Co; (ii) los aportes a pensión y las vacaciones no están cubiertos por la póliza de seguros y, (iii) no hay lugar a imponer costas procesales a su cargo.

**CONSIDERACIONES.**

 Problemas jurídicos.

*¿Debe responder solidariamente la sociedad SI 99 S.A. frente a Megabús S.A. como lo concluyó la a-quo?*

*¿La mala fe patronal afectó o no la Póliza de Seguro, o alguno de los rubros laborales?*

*¿Existen acreencias laborales por las que deba responder solidariamente Megabús S.A. y que no se encuentren cubiertas por la mencionada póliza?*

*¿Es procedente la imposición de costas a cargo de la compañía aseguradora en favor de la llamante?*

**Desenvolvimiento de la problemática planteada.**

La sociedad SI 99 S.A. se mostró inconforme con la solidaridad que se le deduce frente a Megabús, para lo cual adujo en primer término, que desde el año 2009 vendió su participación accionaria en Promasivo S.A., dejando de ser socia de esa entidad, y en segundo lugar, que la suscripción de los otros sí al contrato de concesión No. 01 de 2004 del cual era garante, modificaron la esencia del mismo, y en consecuencia se presentó una novación, que la exime de cualquier responsabilidad.

Frente al primer reproche, la Sala ha considerado en forma reiterada que el condicionamiento de ser accionista de una u otra compañía, no fue el que tuvo en cuenta la apelante al asumir su calidad de obligada solidaria al firmar el contrato de concesión, puesto que 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, todas obrantes en el CD adosado a folio 137 A.

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 compromete de manera incondicional e 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.

Por ende, no prospera este segmento de la apelación.

El segundo punto de inconformidad propuesto, consistente en que se declare que con ocasión a la suscripción de los otros sí, se modificó la esencia del contrato de concesión No. 01 de 2004 del cual era garante, y en consecuencia se presentó una novación, figura disciplinada en el artículo 1687 del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones consistente en cambiar la obligación primitiva por otra nueva, siendo *“necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indubitablemente que su intención ha sido novar...*” (1693 ibídem).

El tema, ha sido abordado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Sentencia No. 7304 del 12 de agosto de 2003, y también por su homóloga laboral, en sentencia del 16 de febrero de 2001, Radicación 14.586, en las que se hace énfasis acerca de la existencia de un verdadero y auténtico cambio de la obligación por otra, y no en simples modificaciones leves o adjetivas sin repercusiones de significación alguna alrededor del objeto de la obligación pactada primigeniamente.

En ese orden, los cambios introducidos, en los “Otros sí”, al contrato de concesión, del cual la recurrente, fue una de sus adherentes, como solidaria, y que milita en medio magnético CD, a folio 131, versan sobre modificaciones y aspectos netamente operativos del sistema de transporte, sin que revelen cambios sustanciales acerca del objeto a que se comprometió originalmente la concesionaria, puesto que apenas tratan del:(i) patio troncal, (ii) los diseños de las obras de construcción y adecuación; (iii) la forma de vinculación de los autobuses troncales y alimentadores; (iv) las especificaciones técnicas y ajustes dentro de la tipologías de buses, (v) características de apariencia interna y externa, en cuanto a seguridad, silletería y condiciones especiales para vehículos nuevos; (ví) dotación del patio troncal en relación con el abastecimiento de combustible y mantenimiento de la flota de buses; (vii) la infraestructura para la fase de operación temprana y su tiempo o plazo de duración; (viii) la prórroga de la cobertura de aseguramiento de la etapa de operación temprana y ampliación de la póliza, entre otras.

Mientras que el objeto esencial del contrato de concesión 01 de 2004, consistió 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.

Por ende, la esencia de la obligación, se conservó intacta, tal cual se consignara en los otros sí Nos. 1 y 5 y de similar manera en el otro sí No. 2.

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 SI 99.

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.

Tampoco le asiste razón al apelante cuando afirma que la póliza de seguros no cubre lo concerniente a las vacaciones y aportes a pensión reconocidos en primera instancia, por cuanto si bien el punto 1.5 en comento, hace alusión al amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, tal enunciación es apenas ejemplificativa, sin que tales rubros puedan entenderse en forma taxativa o restrictiva, pues el documento en mención seguidamente puntualizó que se cubrirá a la entidad estatal contratante de todos los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que este obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional.

Luego entonces, si bien es cierto que no se hace una mención explicitica de la cobertura del pago de las vacaciones y de los aportes a seguridad social en pensiones, también lo es que estos sí están implícitamente cobijados por la póliza, la cual se itera, fue suscrita para garantizar el pago de la totalidad de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista, es decir, Promasivo S.A. frente a sus trabajadores.

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, indemnizaciones y demás acreencias de los empleados del Concesionario que intervinieran en el cumplimiento del referido contrato de concesión (ver punto 73.7 Clausula 73).

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, y al advertir que sólo puede ser afectada hasta el monto del límite asegurado, al tenor de la cláusula 4 de la misma.

Por último, en relación con la condena en costas procesales a que fue fulminada dicha compañía aseguradora en sede de primer grado, se considera que si bien de tiempo atrás esta Sala venía considerando procedente su exoneración frente al pago de las mismas, lo cierto es que al revisar nuevamente el tema se observa que, pese a que dicha entidad expresó en la contestación de la demanda que se atiene a lo que resulte probado en el proceso, también lo es que manifestó oposición real a las pretensiones del llamamiento en garantía y de la demanda principal, a través de la formulación de distintos medios exceptivos de fondo, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP, debía ser condenada en costas procesales, como en efecto lo estimó la a-quo.

Con lo anterior, se recoge cualquier pronunciamiento que resulte contrario.

Por ende, tampoco sale avante este segmento de la apelación.

Con lo dicho, quedan resueltos íntegramente las inconformidades propuestas.

Las costas de segundo grado estarán a cargo de las recurrentes SI 99 y Liberty Seguros S.A., y a favor de Megabús S.A. dada la improsperidad de sus alzadas.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

1. **Confirmar** la sentencia proferida el 28 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo de SI 99 SS.A. y Liberty Seguros S.A. y a favor de Megabús S.A.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado