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 30 de mayo de 2019

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-000478-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Ana María Botero Moreno

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: CONTRATISTA INDEPENDIENTE / SOLIDARIDAD DEL BENEFICIARIO DE LA OBRA / Y DE QUIEN DECIDE VOLUNTARIAMENTE ASUMIR RESPONSABILIDAD POR LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.**

La solidaridad laboral tiene su fundamento legal en el artículo 34 del CST, norma que dispone que en aquellos eventos en que el contratante beneficiario o dueño de la obra, adelante ordinariamente funciones iguales a las que adelanta el trabajador, vinculado por medio de un contratista independiente, será responsablemente solidario de las acreencias laborales e indemnizaciones que éste no cancele.

Por el contrario, si las labores ejecutadas por el contratista, pese a constituir una necesidad propia de la contratante, son apenas extraordinarias, no permanentes, o ajenas o extrañas al objeto desarrollado según los estatutos de la contratante, no derivarían a ésta la obligación de responder solidariamente por las obligaciones contraídas laboralmente por su contratista. (…)

… para la determinación de la solidaridad, ha de confrontarse con el objeto económico o social del beneficiario de la obra, no solo, el objeto social del contratista, sino también la actividad específica desarrollada por el trabajador. (…)

Tal modificación, implica necesariamente el análisis del llamamiento en garantía que Megabús S.A. le hizo a las sociedades Sistema Integrado de Transportes SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados & Cia S en C, en razón a la suscripción del contrato de concesión 01 de 2004…

Al respecto, basta precisar que es ampliamente conocida por las partes la posición de la Sala en torno a que tales entidades sí están llamadas a responder solidariamente por las obligaciones laborales surgidas a cargo de Megabús, ver sentencias tales como 005-2016-00284-02, 001-2016-00056-01 y 005-2016-00063-01.

En el caso de las sociedades SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados, por cuanto la obligación solidaria que se esgrime, aunque se encuentra fuera del contexto o regulación de la legislación ordinaria laboral, fue asumida por tales sociedades en forma voluntaria, al haber estampado sus firmas en el referido contrato de concesión, tras plasmar que: “también suscriben el presente contrato de manera solidaria con el Concesionario las siguientes personas”, siendo válida esa voluntad de asumir su condición solidaria, en el plano del derecho civil o comercial, que constituye la fuente de su llamamiento.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, a los treinta (30) días del mes de mayo de dos mil diecinueve (2019), siendo las once y quince de la mañana (11:15 a.m.), procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de la parte actora, contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **Ana María Botero Moreno** 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**

Pretende la demandante que se declare la existencia del contrato de trabajo habido con Promasivo S.A. entre el 4 de junio de 2013 y el 30 de abril de 2014, y en consecuencia, se condene a esa sociedad y solidariamente a Megabús S.A., a reconocer y pagar los valores contenidos en la liquidación final del contrato, tales como prestaciones sociales y vacaciones del año 2014. Igualmente que se condene al pago de las cesantías del año 2013, las sanciones contenidas en los artículos 99 de la Ley 50/90 y 65 del CST, más el pago de los aportes a pensión realizados sobre un IBL inferior al que realmente correspondía, todo debidamente indexado a la fecha de emisión de la sentencia, más las costas del proceso a su favor.

Como fundamento a esos pedidos, expone 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 ella prestó sus servicios personales en Promasivo, desempeñando el cargo de Jefe de Gestión Humana, devengando un salario básico de $ 2`000.000 y cumpliendo una jornada laboral de 8 am a 12 p.m. y de 2 p.m. a 6 pm; que renunció voluntariamente; que no le consignaron las cesantías del periodo 2013; que Promasivo y Megabús se han negado al pago de la liquidación del contrato, los aportes a pensión y demás acreencias laborales reclamadas; que el empleador generó la colilla de liquidación No.527 reconociendo la deuda en la suma de $ 3`665.071; que el 23 de octubre de 2015 radicó ante Megabús la reclamación administrativa, pero le fue negada; que el 26 de junio de 2015 la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación judicial de Promasivo S.A., y que el 20 de enero de 2016 radicó la documentación necesaria para el reconocimiento del crédito laboral dentro del trámite concursal.

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

Promasivo S.A. en liquidación, aceptó la relación laboral, los extremos temporales, el lugar de prestación del servicio, el horario, el salario devengado, la renuncia voluntaria, entre otros. Se opuso a las pretensiones en su contra y formuló como excepciones de fondo: “Prescripción”, “Inexistencia parcial de las obligaciones demandadas”, “Cobro de lo no debido”, “Indebida acumulación de pretensiones” y “Doble cobro de acreencias laborales”, ver fls. 79 a 84.

Megabus S.A., por su parte, se opuso igualmente a las pretensiones. Replicó que sus contratistas independientes contrataron su personal en forma autónoma e independiente, sin que exista responsabilidad solidaria, conforme a la jurisprudencia cuyos apartes citó. 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 96 a 150. 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.181 a 190. 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 190 a 194.

Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., se opuso a las declaraciones y condenas impetradas en su contra, tanto de la demanda inicial como del llamamiento, aduciendo que no es responsable solidaria ante terceros, ni como garantes de las obligaciones derivadas del contrato de concesión, aun cuando desde el 2009 enajenó sus acciones y dejó de ser parte del concesionario. 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 220 a 270.

López Bedoya y Asociados & Cia. S. en C., se opuso a todas las pretensiones, 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: “Ausencia de solidaridad”, “Prescripción”, e “Inexistencia de las obligaciones demandadas”, ver folios 273 a 300.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento mediante sentencia del 21 de agosto de 2018, declaró que entre la demandante y Promasivo S.A. liquidado existió un contrato de trabajo a término indefinido, ejecutado entre el 4 de junio de 2013 y el 30 de abril de 2014, y en consecuencia, condenó al empleador a pagar las prestaciones sociales proporcionales al tiempo laborado en el 2014, las cesantías del año inmediatamente anterior, las vacaciones liquidadas desde el 4 de junio de 2013 y la fecha de retiro, las sanciones moratorias contenidas en el artículo 99 de la Ley 50/90 y 65 CST, el reajuste de los aportes a pensión cancelados sobre una base salarial inferior a la devengada, tomando en cuenta la suma de $2`000.000.

En relación con la solidaridad de Megabus, estimó que si bien la actora se desempeñó como Jefe de Gestión Humana de Promasivo S.A, en los patios de operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo, lo cierto es que su labor no desarrolló el objeto de esa entidad y mucho menos el de Megabús S.A., en tanto que, no se trata de actividades conexas e inherentes, por lo que descartó el cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 34 CST.

**APELACIÓN**

El vocero judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, en orden a que se revoque parcialmente la decisión, y en su lugar, se condene solidariamente a Megabus, y por ende, a las llamadas en garantía, a pagar las acreencias laborales reconocidas. Para el efecto, estimó que del cargo administrativo desempeñado por la trabajadora, dependían todos los operadores que prestaron el servicio a Megabús S.A., por lo que sin el ejercicio de dicha actividad, hubiera sido imposible prestar el servicio en forma idónea y eficiente.

**CONSIDERACIONES.**

 Problemas jurídicos.

*¿Es Megabús S.A. responsable solidario frente a las prestaciones sociales y demás acreencias laborales derivadas de la relación laboral existente entre la demandante y Promasivo S.A. liquidado? En caso positivo,*

*¿Están obligadas las llamadas en garantía a responder solidariamente frente a Megabús?*

**Desenvolvimiento de la problemática planteada.**

La solidaridad laboral tiene su fundamento legal en el artículo 34 del CST, norma que dispone que en aquellos eventos en que el contratante beneficiario o dueño de la obra, adelante ordinariamente funciones iguales a las que adelanta el trabajador, vinculado por medio de un contratista independiente, será responsablemente solidario de las acreencias laborales e indemnizaciones que éste no cancele.

Por el contrario, si las labores ejecutadas por el contratista, pese a constituir una necesidad propia de la contratante, son apenas extraordinarias, no permanentes, o ajenas o extrañas al objeto desarrollado según los estatutos de la contratante, no derivarían a ésta la obligación de responder solidariamente por las obligaciones contraídas laboralmente por su contratista.

En palabras de la Corte, la correlación indirecta entre los objetos, no es suficiente para considerar que la labor ejecutada por el trabajador sea inherente al negocio de la beneficiaria o dueña de la obra, puesto que no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, para que opere la solidaridad, *“sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico*”. Así lo explicó la Corte en la sentencia del 10 de octubre de 1997, radicado 9881, reiterada en sentencia No. 49730 de 2016.

Es que como, también, lo ha puntualizado esa alta Corporación, para la determinación de la solidaridad, ha de confrontarse con el objeto económico o social del beneficiario de la obra, no solo, el objeto social del contratista, sino también la actividad específica desarrollada por el trabajador. Sobre este particular, la sentencia de 2 de junio de 2009, radicación 33082, de ese máximo órgano, sostiene, que juega “un *papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, (el trabajador) adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado*”.

Y la razón de lo antedicho reside, en que “*lo que persigue la ley con el mecanismo de solidaridad es proteger a los trabajadores frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratistas con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral. Esta situación por tanto no se presenta en el caso de que el dueño de la obra requiera de un contratista independiente para satisfacer una necesidad propia pero extraordinaria de la empresa*”.

Traídas estas breves consideraciones al caso bajo estudio, en orden a definir si procede o no la solidaridad de Megabús S.A., se tiene que no milita duda en torno a que la señora Ana María Botero Moreno se desempeñó como Jefe de Recursos Humanos de Promasivo S.A. hoy liquidado, actividad que la funcionaria de primer grado consideró no ser conexas a la de los estatutos de Promasivo y de Megabús, sino que por el contrario son extrañas u ajenas a sus objetos sociales.

Confrontado el material probatorio que se dispone para resolver el cuestionamiento, concretamente, el objeto social de Megabús S.A., el contrato de concesión No. 01 de 2004 ejecutado por Promasivo S.A, y el objeto social de este, se columbra sin dubitación que gracias a la suscripción del referido contrato de concesión, este último, en calidad de concesionario, ejecutó la prestación del servicio público del Sistema de Transporte Masivo de pasajeros, de modo que, tuvo a su cargo, el desarrollo de uno de los objetos económicos de Megabús, cual era justamente “*Ejercer la titularidad sobre el Sistema Integrado de Transporte Masivo de pasajeros del área metropolitana del Centro de Occidente, que servirá a los Municipios de Pereira, La Virginia, y Dosquebradas y sus respectivas áreas de influencia…”*

Ahora bien, según el certificado de existencia y representación legal de Megabús, dicha sociedad está facultada para ejecutar en desarrollo de su objeto social, las siguientes funciones: *“5.1.1. La ejecución, directamente o a través de terceros, de todas las actividades previas, concomitantes y posteriores, para construir, operar y mantener el Sistema Integrado de Transporte Masivo de pasajeros del Área Metropolitana del Centro de Occidente…” y, 5.2.2. Contratar mediante el esquema de concesión, de prestación de servicios o de cualquier otra naturaleza que estime necesaria, la ejecución de cualquier actividad u obra necesaria para el Sistema de Transporte Masivo de Pasajeros que puedan ejecutarse a través de terceros”.*

Significa lo anterior, que Megabús para alcanzar su objeto social podía ejecutar de manera directa o a través de terceros, todas las actividades, cualesquiera que sean, previas, concomitantes o posteriores, tendientes a la explotación del sistema integrado de transporte masivo de pasajeros, en forma eficaz y eficiente, circunstancia que quedaría en vano, si no se hubiera implementado toda la logística administrativa que entraña la generación de la puesta en marcha de la operación, la cual por obvias razones, comprende la administración del recurso humano, inherente a la selección inducción, entrenamiento y desarrollo del personal encargado de operar el parque automotor, y cuya dirección estaba en cabeza de la demandante.

De suerte que, contrario a lo estimado por la a-quo, Megabús S.A., es solidaria responsable de las obligaciones laborales surgidas a cargo Promasivo S.A., por lo que se revocará este punto de la decisión.

Tal modificación, implica necesariamente el análisis del llamamiento en garantía que Megabús S.A. le hizo a las sociedades Sistema Integrado de Transportes SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados & Cia S en C, en razón a la suscripción del contrato de concesión 01 de 2004, y a Liberty Seguros S.A, en virtud a la póliza de seguros suscrita entre ambas.

Al respecto, basta precisar que es ampliamente conocida por las partes la posición de la Sala en torno a que tales entidades sí están llamadas a responder solidariamente por las obligaciones laborales surgidas a cargo de Megabús, ver sentencias tales como 005-2016-00284-02, 001-2016-00056-01 y 005-2016-00063-01.

En el caso de las sociedades SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados, por cuanto la obligación solidaria que se esgrime, aunque se encuentra fuera del contexto o regulación de la legislación ordinaria laboral, fue asumida por tales sociedades en forma voluntaria, al haber estampado sus firmas en el referido contrato de concesión, tras plasmar que: “*también suscriben el presente contrato de manera solidaria con el Concesionario las siguientes personas”*, siendo válida esa voluntad de asumir su condición solidaria, en el plano del derecho civil o comercial, que constituye la fuente de su llamamiento.

Tal circunstancia, pone de manifiesto que estas quedaron vinculadas a todo el clausulado del contrato de concesión, entre ellas, la 122, en la que acuerdan defender y en general mantener indemne a Megabus S.A. por los costos, daños, perjuicios o pérdidas en los que pueda incurrir en relación con la reclamación de cualquier naturaleza, relacionada con la ejecución de sus obligaciones derivadas del contrato de concesión, incluyendo los reclamos laborales, ver CD anexo entre folios 112 y 113, carpeta contrato de concesión.

De otra parte, se considera que la suscripción de los otros sí en modo alguno modifica la esencia del contrato de concesión avalado, si se tiene en cuenta que los cambios introducidos, versan sobre aspectos netamente operativos del sistema de transporte, sin que revelen cambios sustanciales acerca del objeto a que se comprometió verdaderamente 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.

Tampoco es un argumento que sirva de recibo para la exoneración la calidad de obligada solidaria, el que la sociedad SI 99 S.A. haya enajenado su participación accionaria con la empresa concesionaria en el año 2009, por cuanto el condicionamiento de ser accionista o no de la compañía, no fue el que tuvo en cuenta al suscribir como solidaria el contrato de concesión.

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 en garantía que se hizo a Liberty seguros, pretendiendo, entonces, la firma Megabus S.A., blindarse doblemente, por un lado, con las entidades ya mencionadas, y por el otro, al suscribir la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 1937092, la cual estaba vigente para el momento de los hechos, tal como lo aceptó la compañía aseguradora al dar contestación al llamamiento en garantía.

Es así como del punto 1.5 del referido contrato de seguros, se advierte la cobertura de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, en desarrollo del contrato de concesión No. 01 de 2004 de Megabus S.A., y de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional, ver folio 202.

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 le corresponde a Liberty Seguros S.A. responder por todas las sumas que por conceptos laborales se haya condenado a Megabus S.A., en su calidad de beneficiaria de los servicios prestados por la demandante; sin embargo, la póliza sólo podrá ser afectada hasta el monto del límite asegurado, tal como se determina en la cláusula cuarta de la misma.

Con lo expuesto queda resuelta íntegramente la inconformidad propuesta por la parte recurrente.

Costas en ambas instancias a cargo de Megabús S.A. y en favor de la actora, dada la prosperidad del recurso. Las de primer grado estarán a cargo de las llamadas en garantía SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados S.A. y a favor de Megabús. En relación con Liberty Seguros, si bien esta Sala venía exonerándola del pago de costas procesales de primer grado, 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, lo cierto es que manifestó su oposición real al llamamiento, a través de los medios exceptivos de fondo, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP, también será condenada en costas procesales en un 80 %, dado que únicamente salió avante el argumento defensivo atinente a la afectación de la póliza hasta el monto del límite asegurado. Se recoge cualquier pronunciamiento que resulte contrario.

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. **Revocar** el ordinal 5º de la sentencia proferida el 21 de agosto de 2018, que quedara así:

**“Condenar** a Megabús S.A. como solidario responsable de las acreencias laborales impuestas a Promasivo S.A. liquidado, en favor de Ana María Botero Moreno. Y a las llamadas en garantía Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., López Bedoya y Asociados y Cia S en C, frente a Megabus S.A., de conformidad con lo expuesto en este proveído. Así mismo, **Condenar** a la llamada en garantía Liberty Seguros S.A. a responder por las obligaciones laborales que deba cancelar Megabús a la demandante, afectando la póliza Nº 1937092 vigente entre el 22 de agosto de 2011 y el 22 de agosto de 2018, hasta por el límite del valor asegurado”.

1. **Modificar** el ordinal 6º de la providencia en mención, en el sentido de condenar también a Megabús S.A. en costas procesales de primer grado a favor de la demandante. Y a las llamadas en garantía SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados S.A. en un 100% a favor de Megabús, y Liberty Seguros S.A. en un 80 %.
2. **Confirmar** todo lo demás.
3. Costas de segundo grado a cargo de Megabús S.A. y en favor de la actora.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado