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 julio de 2019

Radicación No: 66001-31-05-001-2016-00230-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Diego Fernando Pérez Marín

Demandado: Megabús S.A. y otros

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / DESPIDO INJUSTO / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / NOVACIÓN / REQUISITOS / NO SE CUMPLEN EN ESTE CASO / COBERTURA DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA / CUANDO LAS EXCLUSIONES SE ENUNCIA EN FORMA EJEMPLIFICATIVA Y NO RESTRICTIVA O TAXATIVA.**

… revisados los medios de prueba se tiene que no existe prueba en el sub-lite que acredite que las causas que dieron origen a la finalización del vínculo laboral eran atribuibles al empleador, en tanto que, resulta confuso si el demandante renunció voluntariamente por razones de carácter personal o fue despedido, vacío probatorio que claramente le otorga la razón a la sociedad apelante y da al traste con la pretensiones de la parte actora de obtener la indemnización por despido injustificado, por cuanto el trabajador incumplió con la carga probatoria de llevarle al juez certeza sobre la forma como culminó el vínculo laboral con Promasivo…

En lo tocante con la apelación de la sociedad SI 99 S.A., 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 el “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 tales modificaciones en aspectos netamente operativos del sistema de transporte, sin que revelen cambios sustanciales acerca del objeto a que se comprometió verdaderamente 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. (…)

En relación con el cuestionamiento de la compañía aseguradora Liberty Seguros, respecto a que la póliza de seguros no cubre lo concerniente a las vacaciones y aportes a pensión que fueron reconocidos en primera instancia, la Sala considera que no le asiste razón al apelante, por cuanto si bien el punto 1.5 de la mentada póliza, que obra a folio 206, 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.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

# SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los cuatro (04) días del mes de julio de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez y media 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., López Bedoya y Asociados & Cia S en C y Liberty Seguros S.A. contra la sentencia proferida el 4 de octubre de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **Diego Fernando Pérez Marín** 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 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., a reconocer los valores de la liquidación final, las cesantías del 2013 y 2014, intereses a las cesantías de esta última anualidad, la sanción moratoria por no consignación de las cesantías, la prima de servicios del segundo periodo del 2014 y primero del 2015, las vacaciones causadas entre el 13 de febrero de 2014 y el 12 de febrero de 2015, los aportes a pensión dejados de pagar, el reajuste de los cotizados sobre una base salarial inferior, la indemnización por despido injusto, las nóminas no canceladas entre agosto de 2014 y noviembre de 2015, la sanción por el no pago de salarios y prestaciones sociales, más las costas del proceso a su favor.

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; que durante la relación laboral el empleador incurrió en moras en el pago de sus obligaciones, por lo que se produjeron 7 ceses de actividades entre el 2012 y el 2014; que en el año 2014 recibió un salario promedio de $1`151.345, que incluía un salario básico de $895.352, más una bonificación habitual de $100.000 mensuales; 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 el empleador omitió consignar las cesantías que se reclaman y que a la finalización de la relación laboral le quedó adeudando la liquidación final, los salarios y los aportes a pensión de los ciclos referidos; que la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación judicial de Promasivo el día 25 de noviembre de 2015, razón por la que todos los contratos de trabajo fueron terminados sin justa causa; que el 23 de noviembre de 2015 radicó ante Megabús reclamación administrativa tendiente a obtener las acreencias laborales adeudadas, sin embargo no ha obtenido respuesta; que el empleador generó la colilla de liquidación No. 724 en la que reconoce que le adeuda la suma de $12`680.747; así mismo, que presentó solicitud de reconocimiento de créditos laborales ante la Superintendencia de Sociedades y que a la fecha, no le han sido cancelado los emolumentos adeudados.

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”, “Indebida acumulación de pretensiones” y “Doble cobro de las acreencias laborales”, ver folios 71 a 76.

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 89 a 147.

La jueza accedió a los llamamientos.

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 213 a 269.

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: “Petición antes de tiempo”, “Ausencia de solidaridad”, “Prescripción”, e “Inexistencia de las obligaciones demandadas”, ver folios 281 a 297.

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. 180 a 194. 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 194 a 199.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de primer grado dictó fallo el 4 de octubre 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 octubre de 2013 y el 18 de agosto de 2014, el cual terminó de manera unilateral por causas imputables al empleador, y en consecuencia, condenó a este al pago de la indemnización por despido sin justa causa, las cesantías correspondientes a los años 2013 y 2014, los intereses a las mismas del último año de servicios, la prima de servicios del segundo semestre del 2014, las vacaciones proporcionales de esa anualidad, el salario de 18 días del mes de agosto, las sanciones contempladas en el artículo 99 de la Ley 50/90 y 65 CST y, los aportes al sistema pensional.

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, y condenó a Liberty Seguros a responder por los valores que deba cancelar la codemandada Megabús S.A., 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 y, a cargo de las llamadas en garantía y a favor de Megabús.

**APELACIÓN**

López Bedoya y Asociados cuestionó la imposición de la indemnización por despido injusto, para lo cual indicó que la relación laboral culminó por voluntad del propio trabajador, puesto que una vez terminó la prestación del servicio con Promasivo, inmediatamente se vinculó laboralmente con otra empresa, por lo que solicita se revoque esta condena.

 El procurador judicial de Liberty Seguros S.A se alzó 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.

Por su parte, SI 99 S.A. se mostró inconforme con la solidaridad que se le deduce con el llamamiento en garantía, aduciendo 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.

**CONSIDERACIONES.**

 Problemas jurídicos.

*¿Hay lugar a imponer la indemnización por despido injusto, tal cual lo consideró la primera instancia?*

*¿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?*

*¿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 adecuada solución de los anteriores dilemas jurídicos, por rigor metodológico, impone examinar, en primer lugar, la inconformidad de la sociedad López Bedoya y Asociados & Cía S. en C.

Reprocha esta sociedad la imposición de la sanción por despido injusto contenida en el artículo 64 CST, pues a su juicio, la relación laboral del demandante con Promasivo S.A. terminó por voluntad propia del trabajador, quien una vez dejó de prestar el servicio, se vinculó inmediatamente con otra empresa, por lo que solicita se revoque tal condena.

  Al respecto, cabe precisar que es al trabajador a quien corresponde demostrar que el vínculo laboral se rompió abruptamente por causas atribuibles a la empleadora, pues acreditado ello, le corresponde a éste –patrono- demostrar que tal decisión estuvo predeterminada por una justa causa, a fin de poder exonerarse de la indemnización por despido correspondiente.

Pues bien, revisados los medios de prueba se tiene que no existe prueba en el sub-lite que acredite que las causas que dieron origen a la finalización del vínculo laboral eran atribuibles al empleador, en tanto que, resulta confuso si el demandante renunció voluntariamente por razones de carácter personal o fue despedido, vacío probatorio que claramente le otorga la razón a la sociedad apelante y da al traste con la pretensiones de la parte actora de obtener la indemnización por despido injustificado, por cuanto el trabajador incumplió con la carga probatoria de llevarle al juez certeza sobre la forma como culminó el vínculo laboral con Promasivo, máxime que en proceso quedó plenamente establecido que el trabajador, una vez cesó la prestación personal del servicio con Promasivo, inmediatamente se vinculó laboralmente con otro patronal, tal cual lo demuestra la historia laboral al fondo de pensiones Colfondos, obrante a folio 364.

Por ende, sale avante el recurso interpuesto por la sociedad López Bedoya y Asociados, y en tal virtud, se revocará la indemnización por despido injusto al que accedió la a-quo, para en su lugar, absolver a los demandados del pago de dicho rubro.

En lo tocante con la apelación de la sociedad SI 99 S.A., 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 el “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.

En relación con el cuestionamiento de la compañía aseguradora Liberty Seguros, respecto a que la póliza de seguros no cubre lo concerniente a las vacaciones y aportes a pensión que fueron reconocidos en primera instancia, la Sala considera que no le asiste razón al apelante, por cuanto si bien el punto 1.5 de la mentada póliza, que obra a folio 206, 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 frente a Megabús S.A., por los valores que deba cancelar a favor del accionante, hasta por el monto amparado en la póliza de cumplimiento Nº 1937092, vigente entre el 22 de agosto de 2011 y el 22 de agosto de 2018, y al advertir que sólo puede ser afectada hasta límite del monto asegurado.

Frente a las costas procesales impuestas a Liberty Seguros S.A. en el curso de la primera instancia, es preciso recordar que dicha compañía al dar respuesta al llamamiento en garantía hecho por Megabus S.A., pese a que indicó que se atenía a lo probado en el proceso, lo cierto es que manifestó una verdadera oposición a través de las excepciones de fondo que propuso; por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP era deber de la sentenciadora de primera instancia condenarlo en costas procesales al no haber salido avante esos argumentos defensivos, como en efecto lo hizo. Por ende, no sale avante el recurso interpuesto.

Por último, en cuanto al reproche que propone la sociedad López Bedoya y Asociados respecto a la tasación de las agencias en derecho que la a-quo impuso a su cargo, las cuales considera muy elevadas, se considera que tal cuestionamiento debe ser formulado a través del trámite de la objeción de costas que consagra el artículo 361 del CGP, en el cual se analizan los criterios para la fijación de su monto. No prospera, por ende, este segmento de la apelación.

Las costas en esta instancia, estarán a cargo de la sociedad SI 99 S.A. y Liberty Seguros, dada la improsperidad de sus alzadas.

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

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 parcialmente** el ordinal 3º de la sentencia dictadael 4 de octubre de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, en el sentido de **Absolver** a Promasivo S.A. y solidariamente a Megabus S.A., del pago de la indemnización por despido injusto.
2. **Confirmar** todo lo demás.

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

**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado