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.

Asunto Apelación sentencia

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro.: 66001-31-05-005-2016-00533-02

Demandante: Rubén Darío Castro Garzón

Demandado: Megabus S.A.

Llamada en garantía: Compañía Liberty Seguros S.A.

 Compañía S.I. 99 S.A.

 Sociedad López Bedoya y Asociados y Cía. S. en C.

Juzgado de Origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: INDEMNIZACIÒN MORATORIA / EN CASOS DE EMPRESAS INTERVENIDAS / RESPONSABILIDAD DE LA LLAMADA EN GARANTÍA / ESTÁ DETERMINADA POR LAS CLÁUSULAS PACTADAS EN EL CONTRATO DE SEGURO / NOVACIÓN / CONSISTE EN CAMBIAR UNA OBLIGACIÓN POR OTRA DIFERENTE / POR ENDE, NO LA CONFIGURAN REFORMAS TENDIENTES A FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.**

En lo atinente a estas indemnizaciones, ha de decirse que… las mismas se causan cuando el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, como es la del artículo 65 del CST; y cuando el empleador omite la consignación de las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo de cesantías del trabajador, de conformidad con la Ley 50/90.

Sin embargo, para que opere dichas sanciones resulta imperativo que el actuar del empleador no haya podido acreditar motivos serios y atendibles para no pagar o consignar, respectivamente; por ello su aplicación no es automática, como lo ha dicho reiteradamente el órgano de cierre de esta especialidad.

En relación con la crisis económica de una empresa, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que no excluye en principio la indemnización moratoria por cuanto en modo alguno los trabajadores deben asumir los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo establece el artículo 28 del CST…

No obstante, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado en casos similares al presente que cuando los directivos de la empresa no pueden disponer libremente de los recursos de la misma, porque de ello se encarga un agente estatal, no es posible extender los efectos de la sanción moratoria más allá de la fecha en que haya tomado posesión la interventora. (…)

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de la sociedad llamada en garantía frente al pago de la indemnización moratoria, ha de decirse que los contratos de seguro se rigen por las cláusulas que las mismas partes pacten, en las que se definan el riesgo asegurable, las exclusiones y demás aspectos propios de este tipo de contratos. (…)

… para que exista novación de una obligación, debe existir la intención inequívoca de las partes de cambiar sustancialmente la causa u objeto de la obligación, de tal manera que cualquier variación que no afecte la esencia del contrato no puede ser considerada como una novación; a lo sumo puede constituir una nueva obligación sin que se extinga la primera, de ahí que pueden coexistir, evento en el cual la primera continua produciendo efectos en tanto no se oponga a la nueva (artículo 1693 Código Civil). (…)

SI 99 S.A. no discute que su obligación se derive de lo pactado en la cláusula 122 del contrato de concesión 01/2004; sin embargo, lo que considera es que la misma dejó de estar a su cargo al existir novación del referido contrato en virtud de los otrosí que suscribieron…

Según lo visto, esos otrosí modifican el contrato de concesión N° 001/2004, pero no trasforman los elementos esenciales del objeto que allí se especificó en la cláusula segunda, es más, guardan estrecha relación con las precisiones efectuadas acerca de las obligaciones que debía cumplir el concesionario para poder desarrollar el objeto contractual aludido, de tal manera que de ninguna manera pueden considerarse como una novación de las obligaciones iniciales, pues en realidad, se itera, se trata de reformas tendientes a facilitar el cumplimiento del objeto contractual.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los dieciocho (18) días del mes de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver los recursos de apelación contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Rubén Darío Castaño Garzón** contra **Megabús S.A.** y **Promasivo S.A. en liquidación** y al que fueran llamadas en garantía la **Compañía S.I. 99 S.A., Sociedad López Bedoya y Asociados y Cía. S en C.** y la **Compañía Liberty** **Seguros S.A.,** radicado 66001-31-05-005-2016-00533-02.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandadas, llamadas en garantía y sus apoderados:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Rubén Darío Castaño Garzón pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Promasivo S.A. desde el 03-07-2007 hasta el 30-09-2014, que finalizó por despido indirecto, además que se declarara que la bonificación mensual que recibía constituía salario, y que la misma debía tenerse en cuenta para el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. En consecuencia, pretende el pago de los salarios incluyendo la bonificación y auxilio de transporte de agosto a septiembre de 2014; las vacaciones de 2013 y 2014; el auxilio de cesantía de 2013 y 2014, intereses a las cesantías y prima de servicios de 2014; los aportes a la seguridad social integral de julio a septiembre de 2014; además, solicitó el pago de las prestaciones sociales y vacaciones causadas durante toda la relación laboral sobre la bonificación como constitutiva de su salario.

Por otro lado, pretendió el pago de las indemnizaciones moratoria del artículo 65 del C.S.T.; no consignación de cesantías de 2009 a 2011, y la misma pero por toda la relación laboral con base en la inclusión de la bonificación como parte de su salario; no pago de los intereses a las cesantías de 2012; despido sin justa causa; las costas procesales y la indexación de las condenas.

Fundamenta sus pretensiones en que: *i)* prestó sus servicios como operador de bus alimentador desde el 03-07-2007 hasta el 30-09-2014 a favor de Promasivo S.A., cuyo beneficiario era Megabus S.A., en virtud al contrato de concesión 001/2004, que a su vez también fue suscrito por SI 99 S.A.; *ii)* el contrato fue terminado por el demandante debido a la mora en el pago de los salarios; *iii)* durante la relación laboral se dejaron de pagar algunas acreencias laborales en su totalidad.

*iv)* Para el año 2014 devengó como salario básico la suma de $895.352, más una bonificación habitual de $100.000, que nunca fue tenida en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales y aportes a seguridad social; *v)* se dejaron de pagar los salarios de agosto a septiembre de 2014 y los aportes a seguridad social de dicho lapso.

**Promasivo S.A. en liquidación[[1]](#footnote-1)** se opuso a las pretensiones de la demanda, salvo las relacionadas con la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo y el pago de los aportes a la seguridad social no realizados y las vacaciones**.** Propuso excepciones de fondo consistentes en “*prescripción”,* “*inexistencia de las obligaciones demandas”,* entre otras.

**Megabus S.A.** sostiene que no tiene responsabilidad en este asunto por lo términos de la cláusula de indemnidad que se pactó con el concesionario Promasivo S.A., SI 99 y López Bedoya y Asociados Cía S. en C., de tal manera que de todas las condenas debe responder exclusivamente el empleador. Propuso la excepción de “*prescripción”.*

Por otro lado, llamó en garantía a la Compañía Liberty Seguros S.A., SI 99 y López Bedoya y Asociados Cía S. en C.

**Liberty Seguros S.A.** manifestó que no le constan los hechos de la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma. En su defensa indicó que su eventual responsabilidad se deriva del contrato de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales y, entre estas y el actor no existió vinculación directa de carácter laboral. Interpuso excepciones de fondo.

En cuanto al llamamiento indicó atenerse a lo probado en el proceso y excepcionó “*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”.*

El **Sistema Integrado de Transporte S.I. 99** manifestó no constarle los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones en ella contenidas que pretendan hacer recaer en su contra algún tipo de responsabilidad. Como razones de defensa refirió que no es posible declarar la solidaridad porque a través del contrato de concesión no se obligó frente a aspectos propios de una relación laboral entre terceros, máxime cuando esta tampoco está acreditada y su participación accionaria en Promasivo S.A. finalizó desde el año 2009.

Presentó como excepciones de fondo las de “*Falta de legitimación por pasiva de mi representada”,* “*Cobro de lo no debido por inexistencia de obligación”,* “*Inexistencia de la solidaridad”,* “*Prescripción”* entre otras.

Por último, **López Bedoya y Asociados Cía S. en C.** frente a la demanda manifestó atenerse a lo que resultara probado dentro de la actuación, pero en relación con el llamamiento en garantía se opuso tras considerar que según las pólizas el afianzado es Promasivo S.A. y no ella. Propuso como excepciones las de “*Petición antes de tiempo”,* “*Ausencia de solidaridad entre la sociedad López bedoya y Asociados & Cía S. en C”,* “*Prescripción”,* “*Inexistencia de las obligaciones demandadas”* frente a la demanda inicial y el llamamiento en garantía.

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró que entre el demandante y Promasivo S.A. (liquidada) existió un contrato de trabajo a término indefinido ejecutado entre el 03-07-2007 y el 30-09-2014, en el cual Megabus S.A. es solidariamente responsable de las condenas impuestas a la primera.

En consecuencia, las condenó al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, moratoria del artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50/90, aportes a pensión y reajuste de los mismos; además las condenó al pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa.

De otro lado, condenó a las llamadas en garantía López Bedoya y Asociados Cía S. en C. y Sistema Integrado de Transporte S.I. 99 S.A., a responder solidariamente por las condenas impuestas a Megabus y, a Liberty Seguros S.A. en virtud de la póliza No. 1937092 a reembolsar a Megabus S.A. lo que deba pagar como solidaria de Promasivo S.A.

Para arribar a la anterior decisión manifestó que se encontraba fuera de debate la existencia de la contratación laboral y sus extremos temporales.

A tono con ello, en primer lugar determinó que la bonificación otorgada por $100.000 sí constituía salario, por lo que accedió a la reliquidación de las acreencias laborales con base en el salario realmente devengado, además de acceder al pago de los salarios dejados de percibir, todo ello por los ciclos causados entre el año 2012 hasta 2014, por efectos de la prescripción y otros desde el año 2007 como las cesantías.

Además, señaló que Promasivo S.A. no acreditó razones serias y atendibles para sustraerse del pago de las acreencias laborales, puesto que la mera crisis económica no era suficiente como eximente en dicha responsabilidad, por lo que la condenó al pago de la indemnización moratoria, pero limitó su causación hasta el 25 de noviembre de 2015, fecha a partir de la cual se profirió el auto de apertura de la liquidación definitiva de Promasivo S.A.; además para liquidar esta indemnización no tuvo en cuenta los $100.000 ya aludidos como constitutivo del salario, porque la demandada tenía la plena convicción de que no hacía parte del salario.

Por otro lado, declaró a la solidaridad de Megabus S.A. al verificar que el objeto social de esta y la labor desplegada por Promasivo S.A. no le es extraña a la actividad normal de la primera en los términos del artículo 34 del C.S.T.

Así mismo, al haber adquirido Promasivo S.A. en su condición de contratista de Megabus S.A. la póliza número 1937092 con Liberty Seguros S.A., debe reembolsar esta última al asegurado el pago que llegare a hacer para cubrir salarios, prestaciones e indemnizatorios de naturaleza laboral que no fueron excluidos en la póliza que se encontraba vigente.

También en relación con las sociedades López Bedoya y Asociados & Cía. S. en C. y S.I. 99 S.A. como fueron accionista de la sociedad Promasivo S.A., y suscribieron el contrato de concesión 001 de 2004, de manera voluntaria se comprometieron frente a todas las obligaciones contraídas a través de él.

Y dijo que respecto a S.I. 99 S.A. no existe novación de la obligación por el hecho de haberse suscrito 5 otrosí al contrato de concesión sin su participación, pues las adiciones o modificaciones que se introdujeron no alteraron el contenido del artículo 122 del contrato de concesión.

Negó las demás pretensiones.

Condenó en costas procesales a Promasivo S.A. –liquidada- y a Megabus S.A. a favor del demandante en un 60% y a las llamadas en garantía a favor de Megabus S.A. en un 20% de las causadas.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con la anterior decisión se formularon las siguientes impugnaciones:

El demandante **Rubén Darío Castaño Garzón** presentó su inconformidad parcial contra la sentencia, para lo cual argumentó que en tanto la bonificación por $100.000 sí hacía parte del salario, entonces las indemnizaciones del artículo 65 del C.S.T. y de la Ley 50 de 1990, debía prosperar con inclusión de este valor, pues los pactos de desalarización en ningún momento evidencian buena fe.

Recriminó en cuanto a lo reconocido por concepto del artículo 65 del C.S.T. que se liquidó desde el 01-10-2014 hasta el 25-11-2015, teniendo como base un salario diario de $33.468, cuando en realidad debía liquidarse por la totalidad del tiempo contemplado en la norma, es decir, por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 por los intereses, y no hasta la liquidación de Promasivo S.A.

Por último, solicitó que el valor de las costas procesales debía ser mayor.

**La Sociedad López Bedoya y Asociados y Cía S. en C.** presentó su inconformidad respecto a las bonificaciones de servicios prestados como salario, porque según la jurisprudencia de este tribunal se dio por descontado que hiciera parte de las prestaciones sociales.

Frente a las cesantías del año 2013, porque las mismas debían ser depositadas el 15-02-2014, da un valor de $2´167.426, pero en el cuadro puesto a disposición por el juzgado aparece por $1´249.764.

Por otro lado, se mostró inconforme con la condena por intereses a las cesantías, pues sí fueron pagadas aquellas al finalizar el 30-01-2014, como se desprendía del folio 172, y además allí habría un excedente que corresponde al periodo del 2014 y solo habría luga a pagar $81.000. Frente a las cesantías del 2013, recurrió que parece que se dieron dobladas.

Respecto a la prima de servicios del primer semestre del 2014 argumentó que sí fue pagada como se desprende del folio 74 vto., y solo restaría la causada desde el 1º de julio al 30 de septiembre que no podrá ser superior a la mitad del dinero al que ya fue condenada.

Además, solicitó que se revocara la condena emitida por concepto de las indemnizaciones previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50/90; porque si bien se ha dicho que no proceden de manera automática, en múltiples ocasiones y como pasa en este asunto, se ha determinado que Promasivo no obró de mala fe y se omitió que fue intervenida y luego liquidada.

**Compañía Liberty Seguros S.A.** refiere que la póliza Nº 1937092 no tiene dentro de su cobertura el pago de aportes a la seguridad social y las vacaciones, aunado a que la condena por concepto de sanción moratoria tuvo su génesis en la mala fe del empleador y en ese sentido no es asegurable conforme lo señala el artículo 1055 del Código de Comercio. Solicita que se tenga la suma global de la misma, pues esta será el restante de las sentencias impartidas con anterioridad.

Se mostró inconforme frente a las costas procesales pues señaló que ha sido activo en la representación judicial.

**Sistema Integrado de Transporte S.I. 99 S.A.** dijo que hubo una novación de la obligación con la firma de otrosíes al contrato de concesión 001 de 2004, en los que no participó, análisis que debe hacerse frente a la esencia del contrato, que es la prestación masiva del servicio de transporte y no solo respecto de la cláusula 122, por lo que no debía ser condenado solidariamente, pues se originó un eximente de responsabilidad.

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior la Sala se plantea los siguientes:

*i)* ¿Promasivo S.A. demostró la existencia de razones serias y atendibles para exonerarse de las condenas por concepto de indemnizaciones moratorias previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50/90?

*ii)* ¿La indemnización moratoria del art. 65 del C.S.T. debía liquidarse hasta que se pagaran los emolumentos adeudados, esto es, sin parar mientes en la liquidación de Promasivo S.A.?

*iii)* ¿Cuál es la base salarial con la que deben liquidarse las acreencias laborales que fueron reconocidas por la *a quo* a favor del actor (bonificación como factor salarial e integrante de las indemnizaciones reconocidas)?

*iv)* ¿La liquidación de las cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios estuvo conforme a las pruebas obrantes en el expediente?

*v)* ¿El amparo de la póliza de cumplimiento de entidades estatales Nº 1937092 se extiende a las vacaciones, aportes a la seguridad social e indemnizaciones o estas últimas son inasegurables?

*vi)* ¿Desapareció la obligación de SI 99 S.A. de responder por las acreencias adeudadas al no suscribir los otrosí del contrato de concesión 001/2004?

*vii)* ¿La apelación de la sentencia es el momento propicio para reprochar el valor de las costas procesales por parte del demandante, así como de Liberty Seguros S.A.?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1. Indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y no consignación de cesantías – Ley 50/1990**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

En lo atinente a estas indemnizaciones, ha de decirse que ya los citados artículos disponen que las mismas se causan cuando el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, como es la del artículo 65 del CST; y cuando el empleador omite la consignación de las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo de cesantías del trabajador, de conformidad con la Ley 50/1990.

Sin embargo, para que opere dichas sanciones resulta imperativo que el actuar del empleador no haya podido acreditar motivos serios y atendibles para no pagar o consignar, respectivamente; por ello su aplicación no es automática, como lo ha dicho reiteradamente el órgano de cierre de esta especialidad[[2]](#footnote-2).

En relación con la crisis económica de una empresa, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[3]](#footnote-3), que no excluye en principio la indemnización moratoria por cuanto en modo alguno los trabajadores deben asumir los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo establece el artículo 28 del CST y más aún cuando el artículo 157 *ibídem* señala que los créditos causados y exigibles de los operarios por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

Igual línea se ha sentado en relación con la apertura de los procesos de reactivación empresarial de la Ley 550 de 1990[[4]](#footnote-4), similar a la reorganización empresarial de la Ley 1116 de 2006 en sentencia del 22-02-2017, radicado 45211, de la Sala de Casación Laboral; allí se dijo que esa sola circunstancia, refiriéndose al estado de insolvencia económica o iliquidez del empleador, no tiene el potencial suficiente para exonerarlo de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para de esta manera, predicar su buena fe.

No obstante, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[5]](#footnote-5) ha indicado en casos similares al presente que cuando los directivos de la empresa no pueden disponer libremente de los recursos de la misma, porque de ello se encarga un agente estatal, no es posible extender los efectos de la sanción moratoria más allá de la fecha en que haya tomado posesión la interventora.

**2.1.2. Fundamento fáctico**

Recuérdese que se encuentra por fuera de controversia la existencia del contrato de trabajo que unió a Rubén Darío Castaño Garzón con Promasivo S.A. desde el 03-07-2007 hasta el 30-09-2014. Asimismo, que a su terminación el empleador omitió efectuar el pago de las acreencias laborales a los que accedió la *a quo*.

Ahora bien, la sociedad López Bedoya yAsociados y Cía S. en C muestra su inconformidad pues a su juicio Promasivo S.A. obró de buena fe, y por ende debía ser exonerada y contrario a ello, el demandante solicita su condena con inclusión de la bonificación de $100.000 como factor salarial base de liquidación y que la misma se extienda hasta el pago de todos los emolumentos, y no solamente hasta la intervención de la sociedad, como lo hizo la *a quo.*

Frente a lo anterior, debe considerarse que según la Resolución Nº 11426 de **25/07/2014,** la Superintendencia de Puertos y Transportes removió del cargo al Representante Legal y a los miembros de la Junta Directiva de Promasivo S.A., acto administrativo que adquirió firmeza el 06/10/2014 cuando la gerente y el presidente de la Junta Directiva “*renunciaron”* a los recursos de reposición que habían interpuesto en contra del mismo.

Es por eso que mediante la Resolución Nº 15986 del 14/10/2014 la Superintendencia nombró a la nueva gerente, quien se posesionó en esa misma calenda y, mediante Resolución Nº 4828 de 27/03/2015 nombró la nueva Junta Directiva.

A tono con lo anterior, resulta evidente que a partir del **14/10/2014** cuando la gerente de Promasivo S.A. se posesionó, los directivos de esa sociedad perdieron cualquier injerencia en cuanto a los pagos y obligaciones que debían cubrirse en favor de sus trabajadores, quedando a partir de ese momento la situación financiera, administrativa, asistencial y jurídica en manos de la agente interventora; circunstancia que constituye un motivo serio y atendible para que Promasivo S.A. desatendiera el pago de los salarios y prestaciones sociales, pero se precisa, a partir de ese momento.

Puestas de ese modo las cosas, únicamente hasta el **14/10/2014** Promasivo S.A. contaba con la disponibilidad financiera, administrativa, asistencial y jurídica que le permitieran pagar las acreencias laborales de sus trabajadores, pues ningún otro motivo serio o atendible se acreditó en el expediente con anterioridad a la mencionada data. En ese sentido, hay lugar a condenar a Promasivo S.A. por la no consignación de cesantías (Ley 50/1990) y la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T.

Frente a la primera es preciso aclarar que la misma corre desde el 15/02/2014 hasta el 30/09/2014, día de terminación del contrato de trabajo, como lo determinó la juez de primera instancia, sin reproche por las partes en contienda; fecha que en todo caso es anterior al 14/10/2014, data a partir de la cual tomó posesión la nueva gerente de Promasivo S.A., como se explicó en antecedencia.

Situación diferente comporta la sanción prevista en el artículo 65 del CST, pues la juzgadora de instancia erradamente la liquidó desde el día siguiente al finiquito del contrato de trabajo 01/10/2014 y hasta el 25/11/2015, que adujo como fecha de apertura del proceso liquidatorio, cuando en realidad debía limitarse hasta el 14/10/2014; por lo que, se modificará la sentencia en ese sentido.

Frente al salario para liquidar estas indemnizaciones, rememórese que la jueza no incluyó la bonificación salarial de $100.000 reclamada por el demandante, porque a su juicio la demandada tenía la convicción de que no hacía parte del salario; sin embargo, tal razonamiento aparece impropio para efectos de determinar el valor de tales indemnizaciones, en tanto que las razones serias y atendibles que se examinan apenas devienen para efectos de exonerar o no de las sanciones, no así para excluir algunos factores salariales, pues previamente la juzgadora ya había ordenado que la bonificación salarial de $100.000 sí hacía parte del salario, como se explicará adelante; por lo que se deberá modificar esta liquidación para incluir tal mejora; por ello prospera la apelación del demandante en este punto.

En ese sentido, en tanto la juzgadora incluyó tal factor para efectos de determinar el salario del demandante tendiente a liquidar sus prestaciones sociales, entonces se tendrá como salario el ya determinado por la juzgadora para el año 2014 equivalente a $1’249.764, como se desprende de las cesantías y prima de servicios liquidada (fl. 780 c. 1), valor al que deberá restársele el auxilio de transporte de $72.000, pues esta erogación no puede incluirse para determinar las indemnizaciones a las que tiene derecho un trabajador, conforme a la jurisprudencia de antaño de nuestra superioridad[[6]](#footnote-6).

En consecuencia, el salario mensual para el año 2014 ascendía a $1’177.764, que equivale a un salario diario de $39.258; Así, la liquidación por concepto de no consignación de cesantías (Ley 50/1990) asciende a $8’872.489 y la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T. a $549.623[[7]](#footnote-7).

**2.3. Base salarial para la liquidación de acreencias laborales y cuantificaciones**

**2.3.1. Fundamento jurídico**

Conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, de manera ordinaria, fija o habitual, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, de lo que se colige que si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, es salario.

En razón a lo anterior la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[8]](#footnote-8) señaló que no importaba la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial.

Asimismo, que tampoco es válido para las partes, en virtud del artículo 128 *ibídem,* despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, teniendo en cuenta que la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, dejo de serlo; por lo tanto, sería ineficaz cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no corresponda con esa naturaleza salarial.

Por otro lado señaló el órgano de cierre en materia laboral[[9]](#footnote-9) que los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta, por lo tanto, le corresponde al empleador la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

Rememórese que la *a quo* consideró que la bonificación de $100.000 al ser habitual y remunerativa del servicio prestado por el demandante hacía parte de su salario, posición que se confirma ahora en tanto que acorde con los comprobantes de nómina que fueron allegados (fls. 33 a 74 c. 1), los pagos percibidos por el actor mensualmente registran el concepto de “*bonificación por servicios”* en el equivalente a $100.000, por lo que, en primer lugar, se trató de una suma habitual y por ello, integraba el salario ordinario, y en segundo lugar, si tal bonificación únicamente era pagada cuando el trabajador prestaba efectivamente su servicio, entonces sin hesitación alguna, integraba el salario, en tanto se otorgaba únicamente como contraprestación directa del servicio, aspecto fundamental para que un pago constituya salario en los términos del art. 127 del C.S.T..

De cara al recurso de apelación elevado por la Sociedad López Bedoya y Asociados y Cía S. en C. es preciso memorar que si bien esta Colegiatura mediante sentencia de 07/02/2018, radicada al número 2016-00061-01 había excluido dicha bonificación para efectos de liquidar algunos salarios insolutos, lo cierto es que tal criterio fue recogido como se desprende de la providencia proferida el 03/04/2019, radicada al número 2016-00327-01 y que se reitera en esta oportunidad.

Ahora, como la aludida sociedad también se mostró inconforme con la liquidación de las cesantías del año 2013, es preciso aclarar que la misma se encuentra conforme a derecho, pues corresponde a $1’230.104, y la del año 2014 ascendió a $937.323, que sumadas alcanzan la suma reclamada por la apelante igual a $2’167.426.

Frente a los intereses a las cesantías del año 2013, que se reclama en el recurso de alzada como pagadas al 30/01/2014, en efecto aparece a folio 72 c. 1, que los mismos fueron sufragados en el mes de enero de 2014 por $144.493; máxime que auscultados los hechos y pretensiones de la demanda, Rubén Darío Castaño Garzón, solamente pretendía los intereses a las cesantías del año 2014 (fls. 131 y 132 c. 1);en consecuencia, hay lugar a descontar este valor de la liquidación efectuada en primera instancia ($233.408), que arroja como resultado un total de $88.915.

Respecto a la prima de servicios del primer semestre del 2014, auscultado el expediente, aparece a folio 74 vto. un pago en junio de 2014 por concepto de prima de servicios igual a $662.552, por lo que también deberá descontarse del valor hallado por la juzgadora tal valor, además que el demandante únicamente estaba pretendiendo la prima de servicios de manera proporcional (fl. 129 c. 1); en consecuencia, se modificará dicho concepto para ordenar su pago únicamente por $298.670.

**2.3. De las coberturas del contrato de seguro**

**2.3.1. Fundamento jurídico**

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de la sociedad llamada en garantía frente al pago de la indemnización moratoria, ha de decirse que los contratos de seguro se rigen por las cláusulas que las mismas partes pacten, en las que se defina el riesgo asegurable, las exclusiones y demás aspectos propios de este tipo de contratos.

Ahora en cuanto a la indemnización tiene dicho la SCL[[10]](#footnote-10) que el estudio de las razones que llevan a un empleador a incumplir con sus obligaciones laborales, deben estar dirigidas a verificar si lo hizo por razones atendibles que justifiquen su conducta y la pongan en el terreno de la buena fe, es decir, nunca propone un análisis en el que se deba demostrar la mala fe del empleador.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

A folios 203 y s.s. y 647 y s.s. del c. 1, obra la “*Póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales”* N° 1937092 en la que como objeto de la garantía se determinó que era para *“pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales en desarrollo del contrato de concesión N° 001 de 2004 de Megabus S.A…”,* vigente desde el 22/08/2011 y el 22/08/2018 y en la que se encuentra como afianzado Promasivo S.A. y como asegurado y/o beneficiario Megabus S.A.

Ahora, en el clausulado de las condiciones generales de la aludida póliza, concretamente en el numeral 1.5. se señala que “*El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante 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”* (fl. 654 y 665 c. 1).

Como puede verse se incluyó dentro de la cobertura del contrato de seguro toda aquella suma de dinero que Megabus S.A. deba pagar por efectos del incumplimiento de las obligaciones laborales de Promasivo S.A. respecto del personal que vincule en virtud del contrato de concesión referido, por lo que debe entenderse incluido la omisión de pago de cualquier acreencia de carácter laboral, entendiéndose como tal salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social e indemnizaciones.

Siendo así las cosas, las vacaciones, aportes a la seguridad social y las indemnizaciones moratorias por falta de pago de salarios y prestaciones –artículo 65 *ibídem*- o por falta de consignación de cesantías, están incluidos dentro de la cobertura de la referida póliza y por lo tanto, debe Liberty Seguros S.A. responder por las sumas que por dichos conceptos se haya condenado a Megabus S.A. como asegurada y beneficiaria de la misma, pero solo hasta el monto asegurado como se consagra en la cláusula cuarta de las condiciones generales (fl. 656 del c. 1), tal como acertadamente lo adujo la juez de primera instancia, al realizar tal aclaración en el numeral 4º de la sentencia apelada.

Sin que se puedan considerar excluidas del contrato de seguros las indemnizaciones moratorias en aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio como lo sugiere la aseguradora al sostener que Promasivo S.A. actuó con culpa grave, pues al interpretar esa normativa conjuntamente con el artículo 1127 *ibídem* y, ante la aparente antinomia que se presenta entre ellas, debe entenderse que el riesgo derivado de la culpa grave es asegurable, salvo que expresamente lo excluyan los contratantes, como lo ha dicho la SCC de la CSJ[[11]](#footnote-11).

Pero en todo caso, dado que tales sanciones tienen su génesis en la ausencia de motivos serios y atendibles acreditados por el empleador para sustraerse del pago de los respectivos emolumentos, no pueden acogerse los argumentos expuestos por la llamada en garantía. Amén de que con ello se impondría una carga probatoria al trabajador que no está contemplada en la Ley y menos en la jurisprudencia, como sería que tuviera que probar la mala fe del empleador para hacerse acreedor de estas sanciones.

**2.4. De la novación**

**2.4.1. Fundamento jurídico**

Conforme con el artículo 1687 del Código Civil, la novación es el cambio de una obligación por otra y puede presentarse a través de diversas posibilidades: *i)* sustituyéndose una nueva obligación por otra; *ii)* contrayendo el deudor una obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva al primer acreedor y; *iii)* sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.

La primera opción constituye una novación objetiva, bien por cambio de la causa u objeto de la obligación y, las últimas, novación subjetiva, dado que se genera el cambio de una de las partes.

Frente a dicha forma de extinción de las obligaciones, ha señalado la CSJ en su SCL[[12]](#footnote-12) que:

“*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)*

Y, la Sala Civil de esa misma Corporación apuntó:

*“En la novación son necesarias tres condiciones: animus novandi (C. C. art. 1693); la nueva obligación debe diferenciarse de la antigua en cierta medida, en una cuestión que ataña a la obligación en sí misma considerada, y no a meras modalidades como la simple mutación de lugar para el pago, o la ampliación o reducción del plazo (arts. 1707, 1708 y 1709); finalmente, capacidad de las partes.”* (Cas. 24 de marzo de 1943, Gaceta Judicial””.

Por lo visto, para que exista novación de una obligación, debe existir la intención inequívoca de las partes de cambiar sustancialmente la causa u objeto de la obligación, de tal manera que cualquier variación que no afecte la esencia del contrato no puede ser considerada como una novación, a lo sumo puede constituir una nueva obligación sin que se extinga la primera, de ahí que pueden coexistir, evento en el cual la primera continua produciendo efectos en tanto no se oponga a la nueva (artículo 1693 Código Civil).

**2.4.2. Fundamento fáctico:**

SI 99 S.A. no discute que su obligación se derive de lo pactado en la cláusula 122 del contrato de concesión 01/2004; sin embargo, lo que considera es que la misma dejó de estar a su cargo al existir novación del referido contrato en virtud de los otrosí que suscribieron, lo que pasa a analizar la Sala.

El contrato de concesión 001 de 2004, suscrito entre Megabus S.A. y Promasivo S.A., según el contenido de la cláusula 2, tiene por objeto:

*“a) 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. (…) b) 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. (…) Se entiende que la exclusividad con respecto de las Rutas Alimentadoras consistirá en que, de conformidad con el Convenio Interadministrativo de Operación, no podrán existir rutas de Servicio Público de Transporte Colectivo que no tengan origen y destino y que no sean atendidos por las Rutas Troncales o Rutas Alimentadoras del Sistema Megabús".*

Dentro de dicha cláusula se prescribe que tales actividades se realizarán sin perjuicio de las obligaciones de ajuste del número de autobuses troncales y alimentadores; así como que el concesionario debe dar cumplimiento al compromiso de pago del patio de troncal, con lo cual Megabus S.A. adquirirá a su propio nombre el terreno donde funcionará el patio troncal.

Dicho contrato, fue objeto de modificaciones a través de la suscripción de cinco otrosí.

De ellos, los distinguidos como 1, 2 y 3, modificaron aspectos relacionados con la ventilación y tipología de los buses alimentadores, el color de la silletería, su distribución, la inclusión de sillas preferenciales, la vinculación de nuevos vehículos automotores, la ampliación y dotación del patio troncal, la adecuación de las áreas de abastecimiento de combustible y mantenimiento, la ubicación del patio alimentador para que fuera contiguo al patio troncal y así centralizar el control de ambos patios y mejorar la operación de los mismos y, la ampliación de la cobertura de aseguramiento para la Fase de Operación Temprana.

Según lo visto, esos otrosí modifican el contrato de concesión N° 001/2004, pero no trasforman los elementos esenciales del objeto que allí se especificó en la cláusula segunda, es más, guardan estrecha relación con las precisiones efectuadas acerca de las obligaciones que debía cumplir el concesionario para poder desarrollar el objeto contractual aludido, de tal manera que de ninguna manera pueden considerarse como una novación de las obligaciones iniciales, pues en realidad, se itera, se trata de reformas tendientes a facilitar el cumplimiento del objeto contractual.

Por su parte, el otrosí N° 5 hace referencia al mantenimiento de la estructura del concesionario, sin introducir cambio en cuanto a sus accionistas, de tal manera que tampoco puede hablarse de una novación de carácter subjetivo, pues se insiste no se trata de cambio de quienes lo integran.

Ahora, frente al otrosí N° 4 que es el más extenso y modifica las clausulas 1, 14, 15, 21, 28, 31, 36, 54, 72, 92 y 132 tampoco se advierte que tengan la trascendencia para variar de manera sustancial la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo, pues dichas clausulas hacen referencia a ajustes necesarios para garantizar un servicio óptimo y seguro a los usuarios e incluso la ampliación de la garantía o aseguramiento en favor del concedente.

Dicho en otros términos, no es posible considerar a partir de dichas modificaciones, que se presentó la extinción de la obligación que voluntariamente se adjudicó la sociedad SI 99 S.A. a través del compromiso suscrito y contenido en el Anexo No. 1 – Formatos de Presentación de la Propuesta (v) Formato de Acreditación de la Capacidad Económica, en favor de Promasivo S.A., y por ello su solidaridad se mantuvo incólume, por lo que fracasa su alzada.

**2.5. Costas procesales**

**2.5.1. Fundamento jurídico**

El numeral 5º del artículo 365 del C.G.P. aplicable al procedimiento laboral por reenvío del art. 145 del C.P.L., dispone que en caso de que prospere parcialmente la demanda, entonces el juez podrá *i)* abstenerse de condenar en costas o *ii)* pronunciar condena parcial.

**2.5.2. Fundamento fáctico**

Para el caso de ahora, la juez de instancia condenó en su justa proporción a todos y cada uno de los intervinientes que fracasaron en las pretensiones elevadas y las excepciones propuestas; decisión que aparece ajustada por cuanto prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda, además su imposición se efectuó por ministerio de la Ley, especialmente a Liberty Seguros S.A. que resultó vencido en este trámite, por lo que no sale adelante el recurso.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se modificará el numeral séptimo de la sentencia revisada a fin de reducir los valores definidos por conceptos de indemnización del artículo 65 del C.S.T., intereses a las cesantías y prima de servicios.

Costas en esta instancia a cargo de Liberty S.A y a SI 99 S.A. a favor de Megabus S.A. al fracasar su alzada. Sin condena a la sociedad López Bedoya y Asociados y Cía S. en C. ante la prosperidad parcial de la alzada.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Risaralda, Sala Segunda Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Rubén Darío Castaño Garzón** contra **Megabús S.A., Sistema Integrado de Transporte SI99** y **Promasivo S.A. en liquidación** y al que fueran llamadas en garantía la **Compañía S.I. 99 S.A., Sociedad López Bedoya y Asociados y Cía. S en C.** y la **Compañía Liberty** **Seguros S.A.,** salvo el numeral 7º que se modificará y para mayor comprensión quedará así:

**“*SÉPTIMO:*** *Como consecuencia de la anterior declaración,* ***CONDENAR*** *a* ***PROMASIVO S.A. –****Liquidado-, en calidad de empleadora y, solidariamente a* ***MEGABUS S.A.,*** *a pagar al demandante, las siguientes sumas de dinero:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| CONCEPTO  | *Desde* | *Hasta* | Valor |
| Salarios | *01-ago-14* | *30-sep-15* | *2.131.730* |
| Prima de servicios | *01-enero-13* | *30-sep-14* | *298.670* |
| Cesantías | *3-jul-07* | *30-sep-14* | *2.859.084* |
| Intereses a las cesantías | *1-ene-12* | *30-sep-14* | *88.915* |
| Vacaciones  | *3-jul-12* | *30-sep-14* |  *657.547* |
| Indem. Art. 64 CST | *3-jul-07* | *30-sep-14* | *5.182.034* |
| Indem. Art. 65 CST | *1-oct-14* | *14-oct-14* | *549.623* |
| Indem. Art. 99 Ley 50-90 | *15-feb-14* | *30-sep-14* | *8.872.489* |

*Se accederá a la indexación del valor reconocido por vacaciones e indemnización por despido, conforme lo expuesto.*

**SEGUNDO: CONDENAR** encostas a Liberty S.A y a SI 99 S.A. a favor de Megabus S.A. al fracasar su alzada, por lo mencionado.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

1. El 12 de enero de 2017, esto es, con posterioridad a la contestación de la demanda se allegó documental que da cuenta de la liquidación judicial de Promasivo S.A y la inscripción en el registro mercantil, que daba por finalizada su existencia a partir del 17 de noviembre de 2016 (fls. 578 a 580 c. 1). [↑](#footnote-ref-1)
2. SCL. Sentencias del 01-07-2015. Rad. 44186. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y 18-05-2016. Rad. 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia del 24-01-2012. Radicación 37288. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz. [↑](#footnote-ref-3)
4. El artículo 126 de la Ley 1116 de 2006 estableció que a partir de su promulgación que data 27-12-2006 se prorroga la Ley 550 de 1999 por seis (6) meses y vencido dicho término, se aplicará de forma permanente solo a las entidades territoriales, las descentralizadas del mismo orden y las universidades estatales del orden nacional o territorial de que trata la Ley 922 de 2004. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sl2833 de 2017, radicado 53.793 y STL 10018 y STL8678 ambas del 04/07/2018. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sent. Cas. Lab. De 17/07/2006, rad. 26556. [↑](#footnote-ref-6)
7. $39.258, salario diario por 14 de días. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia de 29-11-2017. Radicado 49967. M.P. Ernesto Forero Vargas. [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 18-05-2016. Radicado 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-9)
10. SL14651-2014 y SL 6119 de 26 de abril de 2017 radicación No. 50514, [↑](#footnote-ref-10)
11. M.P. Ariel Salazar Ramírez. SC18594-2016 del 19/12/2016 [↑](#footnote-ref-11)
12. 16 de febrero de 2001, Radicación 14.586, M.P. Luís Gonzalo Toro Correa. [↑](#footnote-ref-12)