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 13 de mayo de 2019

Radicación Nro. 66001-31-05-005-2016-00339-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Duberney Castaño Romero

Demandados: Promasivo S.A. - Megabús S.A. y otros

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

Juzgado de origen: Juzgado Quinto Laboral del Circuito

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / NOVACIÓN / REQUISITOS / NO SE CUMPLEN EN ESTE CASO / INDEMNIZACIÓN MORATORIA / EMPRESAS EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN / MALA FE DEL EMPLEADOR / NO TIENE QUE PROBARLA EL TRABAJADOR / COBERTURA DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA.**

Entendida como la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla, tiene como principal característica precisamente que a través de un mismo acto jurídico se extingue una obligación y en su lugar se da vida a otra nueva y diferente.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de febrero de 2001, Radicación 14.586, M.P. Luís Gonzalo Toro Correa, sobre el tema, consideró:

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

… la Sala Civil de la Corte, en sentencia de vieja data se pronunció sobre este punto atinente a la novación, siendo pertinentes al caso ahora debatido, las siguientes consideraciones:

“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, Tomo LV, pag. 247)”. (…)

… en estos procesos en los que se analiza la procedencia de las sanciones moratorias a empleadores que han entrado en estado de liquidación forzosa, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2833 de 1º de marzo de 2017 radicación Nº 53.793, recordó que no es posible fulminar condena en ese aspecto en contra de empresas que se encuentren esa situación, argumentando que en esos eventos los directivos no disponen libremente de sus recursos, debido a que es un agente estatal quien dirige los destinos de la unidad de explotación económica, con el fin de conservar el equilibro de la compañía y respetando la igualdad entre los acreedores.

Bajo esas circunstancias, a partir del 14 de octubre de 2014 cuando la interventora tomó posesión de su cargo como Representante legal y Gerente de Promasivo S.A., los Directivos y Accionistas 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; por lo que al aplicar los argumentos esgrimidos por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral al presente caso, evidente es, que la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías del año 2013 iba máximo hasta el 14 de octubre de 2014. (…)

En cuanto al señalamiento hecho por Liberty Seguros S.A. respecto a que la póliza Nº 1937092 no cubre lo concerniente a vacaciones y aportes al sistema general de pensiones, necesario es revisar cuales son los emolumentos que se cubren en esa póliza –fls.217 a 225- remitiéndose directamente al punto 1.5 concerniente al amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales…

Nótese como, si bien no se hace una mención explícita del cubrimiento de estipendios tales como las vacaciones o los aportes al sistema general de pensiones, la verdad es que no cabe duda que éstos se encuentran debidamente cobijados en la póliza Nº 1937092, ya que con ella se busca garantizar el pago de la totalidad de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista garantizado, en otras palabras, la póliza cubre el incumplimiento en el pago por parte Promasivo S.A. frente a todas y cada una de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores, dentro de las que se encuentran evidentemente el pago de las vacaciones y de los aportes al sistema general de pensiones…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

**SALUDO. BUEN DÍA**

Hoy, trece de mayo de dos mil diecinueve, siendo las once de la mañana, la Sala de Decisión Laboral Nº 3 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver los recursos de apelación interpuestos por las llamadas en garantía en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 29 de agosto de 2018, dentro del proceso que promueve el señor DUBERNEY CASTAÑO ROMERO a las sociedades PROMASIVO S.A. y MEGABUS S.A., al que fueron llamadas en garantía la SOCIEDAD LÓPEZ BEDOYA Y ASOCIADOS Y CÍA. S en C, LIBERTY SEGUROS S.A. Y SI 99 S.A., cuya radicación corresponde al Nº 66001-31-05-005-2016-00339-01.

Al acto comparecen las personas que a continuación se identifican:

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor Duberney Castaño Romero que la justicia laboral declare la existencia de un contrato de trabajo entre él y Promasivo S.A. entre el 19 de agosto de 2006 y el 30 de septiembre de 2014 y con base en ello aspira que se le cancelen una serie de emolumentos e indemnizaciones que detalla en la demanda, respecto de las que considera solidariamente responsable a Megabus S.A.

En la narración de los hechos, luego de explicar la naturaleza jurídica de las entidades que demanda, indica que los servicios por él prestados como operador de bus articulado a favor de Promasivo S.A. entre las calendas señaladas anteriormente fueron de índole laboral, habiéndose finiquitado el contrato por decisión imputable a su empleador, en razón al incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones laborales, adeudándosele a la fecha de presentación de la demanda salarios, prestaciones sociales y el reajuste de algunos ciclos de cotizaciones a pensión; el 21 de diciembre de 2015 elevó reclamaciones ante las sociedades accionadas; la Agente Liquidadora de Promasivo S.A. el 10 de enero de 2016 emitió liquidación al contrato, reconociendo acreencias por concepto de salarios y prestaciones sociales y por su parte Megabus S.A en escrito de 3 de febrero de 2016 dio respuesta negando las pretensiones formuladas.

Al dar respuesta a la demanda –fls.65 a 73- Promasivo S.A. aceptó la mayoría de los hechos, dijo no constarle otros y se opuso a las pretensiones condenatorias. Formuló las excepciones de fondo que quiere hacer valer en el proceso.

Por su parte Megabus S.A. dando contestación al libelo introductorio –fls.92 a 108- solo aceptó la reclamación elevada por el demandante y su falta de respuesta. Frente a los demás hechos expresó que no eran ciertos o que no le constaban. Se opuso a las pretensiones y formuló la excepción de mérito “Prescripción”.

En escritos aparte –fls.116 a 127-, solicitó que fueran llamadas en garantía SI 99 S.A., López Bedoya y Asociados & Cía. S en C. y Liberty Seguros S.A..

López Bedoya y Asociados & Cía. S en C. dio respuesta a la demanda y al llamamiento en garantía –fls.165 a 187- oponiéndose a las pretensiones de ambas y posteriormente proponiendo las excepciones de mérito que se encuentran debidamente relacionadas en el escrito.

Por su parte Liberty Seguros S.A. dando respuesta al libelo introductorio y al llamamiento en garantía –fls.197 a 216- se opuso a las pretensiones del primero y dijo atenerse a lo que resulte probado frente al segundo, proponiendo excepciones de mérito frente a ambas, las que se encuentran debidamente enlistadas en dicho documento.

Bajo esa misma estructura SI 99 S.A. contestó la demanda y el llamamiento en garantía –fls.227 a 249- oponiéndose a las pretensiones de ambas, lo que la llevó a proponer las excepciones de mérito que también se encuentran adecuadamente relacionadas en el contenido de los escritos.

En sentencia de 29 de agosto de 2018, la falladora de primer grado declaró la existencia del contrato de trabajo entre el señor Duberney Castaño Romero y la liquidada Promasivo S.A. entre el 19 de agosto de 2006 y el 30 de septiembre de 2014, accediendo a las pretensiones condenatorias concernientes al pago de salarios y prestaciones sociales, reajuste de unos periodos de cotización al sistema general de pensiones, las indemnización por despido indirecto, las sanciones moratorias de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST.

Declaró que Megabus S.A. es solidariamente responsable frente a las condenas impuestas a Promasivo S.A. en virtud a lo previsto en el artículo 34 del CST, así como lo son también las llamadas en garantía López Bedoya y Asociados & Cia S en C y SI 99 S.A. frente a Megabus S.A. al haberse obligado voluntariamente en el contrato de concesión 01 de 2004.

Condenó también a Liberty Seguros S.A. a responder por los valores que cancele Megabus S.A. por las condenas que le fueron impuestas de manera solidaria, hasta por el monto amparado en la póliza de cumplimiento Nº 1937092, siempre y cuando el valor asegurado no se haya agotado.

Finalmente condenó en costas procesales a Promasivo S.A. y Megabus S.A. a favor del demandante en un 95%, así como a las llamadas en garantía en un 20% a favor de Megabus S.A.

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales de las llamadas en garantía interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

López Bedoya Asociados & Cia S en C. controvierte la condena por concepto de auxilio de cesantías del año 2014, pues considera que la *a quo* la liquidó teniendo en cuenta todo el año, cuando la relación laboral se extendió al 30 de septiembre de 2014. Igualmente dijo que le pareció entender que el juzgado emitió condena por concepto de cesantías de los años 2012 y 2013, cuando es bien sabido que Promasivo S.A. solo quedó adeudando las del 2013.

Frente a las sanciones moratorias sostiene que no hay lugar a ellas al quedar demostrado en el proceso que desde el 25 de julio de 2014 Promasivo S.A. perdió el control total de la empresa pasando a manos de la Superintendencia de Puertos y Transporte, por lo que ninguna mala fe puede endilgársele a partir de ese momento.

SI 99 S.A. expresó que no es posible que se le condene solidariamente a cancelar las sumas que se impusieron a las empresas demandadas, pues con la suscripción de los Otros Sí se modificó el contrato de concesión Nº 01 de 2004 del que esa entidad era garante, presentándose una novación de la obligación, lo cual la exonera de cualquier responsabilidad solidaria frente a Megabús S.A.

Liberty Seguros S.A. sostuvo que la mala fe de las conductas del tomador consistentes en la omisión en el pago de las acreencias laborales del actor, hace que esas sumas de dinero no sean asegurables de conformidad con lo previsto en el artículo 1055 del C.Cio.

Seguidamente indicó que en caso de que deba reembolsar las sumas de dinero que cancele Megabus S.A. con cargo a la póliza Nº 1937092, debe atenderse su clausulado en cuanto al límite global y al monto que ya ha sido afectado en virtud a otras condenas judiciales; señalando que en todo caso la misma no cubre vacaciones ni pagos a la seguridad social.

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

Oídas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes ***PROBLEMAS JURÍDICOS***:

***¿Estuvo correctamente calculada la condena por concepto de cesantías?***

***¿Es dable exonerar a Promasivo S.A. del pago de las sanciones moratorias a que fue condenada en el curso de la primera instancia?***

***¿Debe responder solidariamente la sociedad SI 99 S.A. frente a la sociedad Megabús S.A. o se configuró una novación de tales obligaciones?***

***¿Para afectarse la póliza Nº 1937092 debe necesariamente hacerse un estudio sobre la mala fe en la que pudo o no incurrir Promasivo S.A.?***

***¿Cubre la póliza pagos por vacaciones y seguridad social?***

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

Antes de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, se considera necesario precisar, el siguiente aspecto:

**DE LA NOVACIÓN**

Entendida como la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla, tiene como principal característica precisamente que a través de un mismo acto jurídico se extingue una obligación y en su lugar da vida a otra nueva y diferente.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de febrero de 2001, Radicación 14.586, M.P. Luís Gonzalo Toro Correa, sobre el tema, consideró:

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

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

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

Así mismo, la Sala Civil de la Corte, en sentencia de vieja data se pronunció sobre este punto atinente a la novación, siendo pertinentes al caso ahora debatido, las siguientes consideraciones:

*“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, Tomo LV, pág. 247)”.

**EL CASO CONCRETO**

Considera la sociedad López Bedoya y Asociados $ Cia S en C., que la liquidación efectuada por la *a quo* respecto a la condena por concepto de auxilio de cesantías del año 2014, no se encuentra debidamente calculada, ya que estima que se tuvo en cuenta la totalidad del año, cuando realmente el actor en esa anualidad prestó sus servicios hasta el 30 de septiembre de 2014.

Frente a ese rubro y en general frente a la totalidad de las prestaciones sociales, la sentenciadora de primera instancia se remitió a la contestación de la demanda hecha en su momento por la empleadora Promasivo S.A. y sus correspondientes anexos –fls.65 a 75- en los que acepta la deuda contraída con su trabajador Duberney Castaño Romero, confesando deber por concepto de cesantías lo correspondiente al año 2013 por valor de $1.156.652 y la suma de $945.805 por la fracción del año 2014, debiendo una suma global por cesantías del orden de $2.102.457, que es precisamente la cifra por la que emitió condena el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, observándose en consecuencia que, contrario a lo expresado por el apoderado judicial de López Bedoya y Asociados & Cia S en C., la liquidación de las cesantías del año 2014 se hizo por el término que duró la relación contractual en esa anualidad, es decir, hasta el 30 de septiembre, siendo del caso agregar, que no hubo emisión de condena por cesantías causadas en el año 2012.

En lo atinente al tema de la imposición de las sanciones moratorias, lo primero que debe advertirse es que es posición pacifica de la jurisprudencia local y nacional, que este tipo de sanciones no opera de manera automática, ya que en cada caso en concreto debe analizarse si el empleador omisivo expone razones que pueden ser puestas en el plano de la buena fe, en aras de exonerarse de la misma.

Conforme con lo expuesto, equivocado resulta por parte de la aseguradora Liberty S.A. afirmar que para poder imprimir este tipo de sanción y en consecuencia afectar la póliza Nº 1937092, deba hacerse un análisis sobre la mala fe de Promasivo S.A. al no cancelar en debida forma las obligaciones con sus trabajadores, pues como insistentemente lo ha señalado la Sala en casos de similares connotaciones, entenderlo en la forma en que lo hace la aseguradora, significaría imponerle una carga probatoria al trabajador, consistente en demostrar la mala fe del empleador, la cual no está contemplada en la Ley, y que tampoco ha sido impuesta por vía jurisprudencial.

Ahora bien, en estos procesos en los que se analiza la procedencia de las sanciones moratorias a empleadores que han entrado en estado de liquidación forzosa, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2833 de 1º de marzo de 2017 radicación Nº 53.793, recordó que no es posible fulminar condena en ese aspecto en contra de empresas que se encuentren esa situación, argumentando que en esos eventos los directivos no disponen libremente de sus recursos, debido a que es un agente estatal quien dirige los destinos de la unidad de explotación económica, con el fin de conservar el equilibro de la compañía y respetando la igualdad entre los acreedores.

Frente a este punto, la Superintendencia de Sociedades por medio de auto Nº 400-016033 de 26 de noviembre de 2015 –cd folio 75- declaró la apertura del proceso de liquidación forzosa de Promasivo S.A., designando inmediatamente un agente interventor, lo que permitiría entender que fue a partir de ese momento que la sociedad empleadora y más precisamente su representante legal y directivos perdieron el control de la entidad.

Sin embargo, ello no fue así, ya que como se desprende de la resolución Nº 11426 de 25 de julio de 2014 –cd folio 75-, previamente la Superintendencia de Puertos y Transportes ordenó remover de sus cargos a la representante legal de Promasivo S.A. y a la totalidad de los miembros de la Junta Directiva, designando para esos efectos auxiliares inscritos en la lista de la Superintendencia de Sociedades.

Bajo esas circunstancias, a partir del 14 de octubre de 2014 cuando la interventora tomó posesión de su cargo como Representante legal y Gerente de Promasivo S.A., los Directivos y Accionistas 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; por lo que al aplicar los argumentos esgrimidos por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral al presente caso, evidente es, que la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías del año 2013 iba máximo hasta el 14 de octubre de 2014, pero como el vínculo laboral finalizó el 30 de septiembre anterior, era hasta esa fecha que debía liquidarse, como acertadamente lo hizo el juzgado de conocimiento.

Ahora, como a partir del 1º de octubre de 2014 empezó a correr la sanción prevista en el artículo 65 del CST, conforme lo dicho precedentemente, la misma solo se extiende hasta el 14 de octubre de 2014, motivo por el que la condena por ese concepto se reduce a la suma de $417.831; por lo que habrá de modificarse en ese aspecto el ordinal tercero de la sentencia objeto de estudio.

En cuanto al señalamiento hecho por Liberty Seguros S.A. respecto a que la póliza Nº 1937092 no cubre lo concerniente a vacaciones y aportes al sistema general de pensiones, necesario es revisar cuales son los emolumentos que se cubren en esa póliza –fls.217 a 225- remitiéndose directamente al punto 1.5 concerniente al amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, en donde se especifica que la misma *“… 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”.*

Nótese como, si bien no se hace una mención explícita del cubrimiento de estipendios tales como las vacaciones o los aportes al sistema general de pensiones, la verdad es que no cabe duda que éstos se encuentran debidamente cobijados en la póliza Nº 1937092, ya que con ella se busca garantizar el pago de **la totalidad de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista garantizado**, en otras palabras, la póliza cubre el incumplimiento en el pago por parte Promasivo S.A. frente a todas y cada una de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores, dentro de las que se encuentran evidentemente el pago de las vacaciones y de los aportes al sistema general de pensiones; como correctamente lo hizo la *a quo*, siendo pertinente indicar que también determinó que la misma solo puede ser afectada hasta el monto asegurado, debiéndose tener en cuenta el porcentaje que ya ha sido afectado con procesos judiciales legalmente finalizados.

En relación al argumento de SI 99 S.A., frente a la novación de la obligación para efectos de exonerarse del pago solidario de las condenas impuestas a cargo de Megabús S.A., verificados los Otros Sí No. 2, 3 y 4 del Contrato de Concesión 01 de 2004 suscritos entre las sociedades accionadas –cd folio 108 vto-, observa la Sala que los mismos modificaron aspectos del contrato matriz que realmente no cambiaron sustancialmente el objeto del contrato de concesión Nº 01 de 2004, consistente básicamente en la explotación del servicio público de transporte masivo en las troncales y rutas alimentadoras del sistema Megabus, a través de la participación del concesionario en los recursos económicos generados por la prestación del servicio; ya que lo que garantizaban con esos otros si, era brindar un servicio óptimo y seguro a los usuarios, ampliar la garantía o aseguramiento en favor del concedente; lo que indefectiblemente lleva a concluir que no hubo una verdadera novación, pues obsérvese que no 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 mantiene incólume.

Quedan así resueltos los recursos presentados por las partes.

Costas en esta instancia a cargo de SI 99 S.A y de Liberty Seguros S.A. en un 100% a favor de Megabus S.A.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral Nº 3 del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. MODIFICAR** el ordinal TERCERO de la sentencia recurrida para reconocer la sanción prevista en el artículo 65 del CST por valor de $417.831. El referido ordinal quedará así:

*“****TERCERO. CONDENAR*** *a PROMASIVO S.A. y solidariamente a MEGABUS S.A., a cancelar a favor del señor DUBERNEY CASTAÑO ROMERO, las siguientes sumas:*

*$2.496.303 por concepto de salarios insolutos*

*$650.296 por concepto de vacaciones*

*$303.451 por concepto de prima de servicios.*

*$2.102.457 por concepto de cesantías.*

*$83.861 por concepto de intereses a las cesantías.*

*$16.773.767 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías del año 2013.*

*$417.831 por concepto de sanción por no pago de salarios y prestaciones sociales.*

*$5.141.642 por concepto de indemnización por despido indirecto.”.*

**SEGUNDO. CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO. CONDENAR** en costas en esta sede a SI 99 S.A. y Liberty Seguros S.A. en un 100% de las causadas.

Notificación surtida en estrados.

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

Quienes Integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Impedida