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 11 de septiembre de 2019

Radicación Nro: 66001-31-05-001-2016-00294-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Arbey Gómez Valencia

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

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

Juzgado de origen: Juzgado Segundo Laboral del Circuito

**TEMAS: INDEMNIZACIÓN MORATORIA / EN CASO DE EMPRESAS EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN / NOVACIÓN / NO LA CONFIGURAN SIMPLES CAMBIOS DE FORMA SOBRE EL CONTRATO ORIGINAL / COBERTURA DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA / VACACIONES Y APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES.**

En cuanto a la limitación de la sanción del artículo 65 del CST, es pertinente recordar que en casos como el presente en el que la entidad empleadora ha 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 entidades que se encuentren en esa situación, argumentando que en esos eventos los directivos no disponen libremente de los recursos de la empresa, 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. (…)

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., basta decir que según se desprende de la posición de la Corte en sentencia 14.586 (Sala Laboral) y 7304 de agosto de 2003 (Sala Civil), con base en los artículos 1687 y 1693 del Código Civil, se tiene que no es dable entender que se ha presentado novación, cuando las modificaciones realizadas son simplemente accesorias al contrato principal, en consideración a que no llevan consigo la extinción de la obligación primigenia. (…)

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, pertinente es revisar cuales son los emolumentos que se cubren en esa póliza –fls.231 a 242- 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 referida póliza, 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**

Hoy, once de septiembre 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 LÓPEZ BEDOYA ASOCIADOS & CIA S EN C., SI 99 S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 26 de febrero de 2019, dentro del proceso que promueve el señor ARBEY GÓMEZ VALENCIA en contra de las sociedades PROMASIVO S.A. y MEGABUS S.A., cuya radicación corresponde al Nº 66001-31-05-001-2016-00294-01.

Al acto comparecen las personas que a continuación se identifican:

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor Arbey Gómez Valencia que la justicia laboral declare que existió un contrato de trabajo entre él y Promasivo S.A., el cual inició el 1º de febrero de 2010 y el 18 de junio 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 alimentador 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, indemnizaciones y el reajuste de algunos ciclos de cotizaciones a pensión; el 2 de septiembre de 2015 elevó reclamación ante Megabus S.A., la cual fue respondida negativamente el 8 de octubre de 2015; el 10 de enero de 2016, Promasivo S.A. generó la colilla de liquidación Nº 535, en la que reconoció adeudarle la suma de $2.772.961; el 20 de enero de 2016 presentó solicitud de reconocimiento de créditos ante la Superintendencia de Sociedades, salvaguardando el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria.

Al dar respuesta a la demanda –fls.117 a 122-, Promasivo S.A. aceptó la mayoría de los hechos planteados por el actor, 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. al contestar la demanda –fls.133 a 151- aceptó ejercer la titularidad del sistema integrado de transporte e igualmente la reclamación administrativa elevada por el actor y su respuesta. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban. Se opuso a las pretensiones y formuló la excepción de mérito de “Prescripción”.

En escritos aparte –fls.159 a 190-, solicitó que fueran llamadas en garantía SI 99 S.A., Liberty Seguros S.A. y López Bedoya y Asociados & Cía. S en C.

Liberty Seguros S.A. dando respuesta al libelo introductorio y al llamamiento en garantía –fls.213 a 230- se opuso a las pretensiones del primero y dijo atenerse a lo que resulte probado frente al segundo, proponiendo excepciones de mérito respecto a ambas, las que se encuentran debidamente enlistadas en dicho documento.

A su turno, SI 99 S.A. contestó la demanda y el llamamiento en garantía –fls.253 a 303- 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.

Por su parte López Bedoya y Asociados & Cía. S en C. dio respuesta a la demanda y al llamamiento en garantía –fls.316 a 346- oponiéndose a las pretensiones de ambas y posteriormente proponiendo las excepciones de mérito que se encuentran debidamente relacionadas en el escrito.

En sentencia de 26 de febrero de 2019, la falladora de primer grado declaró la existencia del contrato de trabajo entre el señor Arbey Gómez Valencia y la liquidada Promasivo S.A. entre el 1º de febrero de 2010 y el 18 de junio de 2014, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, consistentes en salarios adeudados, auxilio de transporte, bonificación por servicios de junio de 2014, prima de servicios de 2014, las cesantías de los años 2013 y 2014, los intereses a las cesantías del año 2014, compensación por vacaciones, la sanción por no consignación de las cesantías del año 2013, la indemnización prevista en el artículo 65 del CST, la cual corrió entre el 19 de junio de 2014 y el 26 de noviembre de 2015 teniendo en cuenta para su liquidación el salario básico de $784.784, así como el pago y reajuste de algunos ciclos de aportes al sistema general de pensiones de los años 2013 y 2014.

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 la llamadas en garantía Liberty Seguros S.A. y SI 99 S.A. frente a Megabus S.A. al haberse obligado voluntariamente en el contrato de concesión 01 de 2004.

Declaró también que Liberty Seguros S.A., en virtud a la póliza de cumplimiento Nº 1937092, debe responder frente a Megabus S.A. por las condenas que le fueron impuestas en calidad de solidaria, teniendo en cuenta el límite del valor asegurado y siempre y cuando no se haya agotado con otras reclamaciones.

Finalmente condenó en costas procesales a Promasivo S.A. y Megabus S.A. a favor del demandante en un 80%, así como a las llamadas en garantía a favor de Megabus S.A.

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

El apoderado judicial de López Bedoya & Asociados S en C., dijo estar inconforme frente a la condena impuesta por concepto de sanción por no pago de salarios y prestaciones sociales, pues en su sentir la misma solo puede correr entre el 19 de junio de 2014 y la fecha en que la Superintendencia de Puertos y Transporte designó a la Agente Interventora que tomó la dirección de los bienes y haberes de la empleadora Promasivo S.A., que lo fue en el mes de octubre de 2014, por lo que esa indemnización no puede ir más allá de esa fecha.

SI 99 S.A. dijo coadyuvar la apelación de López Bedoya & Asociados S en C. y adicionalmente indicó que los intereses a las cesantías del año 2014 fueron equivocadamente liquidados por la *a quo*, quien emitió condena por ese concepto por la suma de $66.217, sin embargo, teniendo en cuenta el monto que se liquidó por concepto de cesantías y el número de días en los que estuvo vigente el contrato de trabajo en el año 2014, esto es, 168 días, la suma a reconocer es equivalente a $30.901. Finalmente solicita que en sede de apelación se estudie el tema de la novación de la obligación que se presentó con la suscripción de los otro sí al contrato de concesión 01 de 2004, a los cuales no fue convocada esa entidad y por tanto su solidaridad frente a Megabus S.A. se extinguió.

Liberty Seguros S.A. manifestó que la póliza Nº 1937092 de la cual es beneficiaria Megabus S.A. no cubre emolumentos tales como vacaciones y aportes al sistema general de pensiones, por lo que no puede afectarse por tales conceptos. Considera que no puede entrar a responder directamente por las condenas que le fueron impuestas a Megabus S.A. como lo ordenó la *a quo*, sino que esa garantía solo se activa en el momento en el que la beneficiaria de la póliza realice el pago efectivo, ya que es en ese momento en el que Liberty debe reembolsar lo cancelado por Megabus S.A., debiéndose mantener la condena respecto al límite del valor asegurado.

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***:

***¿Se encuentra correctamente liquidada la condena por concepto de intereses a las cesantías del año 2014?***

***¿Entre que fechas debe correr la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST?***

***¿Se configuró con la suscripción de los otros sí al contrato de concesión Nº 01 de 2004 una verdadera novación que exima de responsabilidad solidaria a SI 99 S.A. frente a la sociedad Megabus S.A.?***

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

***¿Cómo es la forma en la que debe entrar a responder la aseguradora Liberty S.A. respecto a la beneficiaria de la póliza Nº 1937092?***

**EL CASO CONCRETO**

Para determinar si los intereses a las cesantías estuvieron correctamente liquidados, se debe tener en cuenta que la falladora de primera instancia emitió condena por concepto de cesantías de esa anualidad por la suma de $551.808, decisión que no fue objeto de controversia y por tanto es esa cifra la que se debe tener en cuenta para realizar el cálculo de los intereses que deben reconocérsele al señor Arbey Gómez Valencia.

Al realizar los correspondientes cálculos, consistentes en multiplicar el número de días trabajados en el año 2014 -168 al haber prestado sus servicios entre el 1º de enero y el 18 de junio- por el valor de las cesantías -$551.808- por el 12% y el resultado de esa operación dividirlo entre 360 días, se obtiene que por concepto de intereses a las cesantías del año 2014 se le debe reconocer al actor la suma de $30.901 y no la suma de $66.217 fijada por el juzgado de conocimiento, asistiéndole razón al apoderado judicial de SI 99 S.A. frente a ese reclamó, lo que implica que se modifique el ordinal tercero de la sentencia objeto de estudio.

En cuanto a la limitación de la sanción del artículo 65 del CST, es pertinente recordar que en casos como el presente en el que la entidad empleadora ha 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 entidades que se encuentren en esa situación, argumentando que en esos eventos los directivos no disponen libremente de los recursos de la empresa, 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 123- 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 123-, 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 por no pago de salarios y prestaciones sociales no puede extenderse más allá de 14 de octubre de 2014

Así las cosas, por los 116 días que corrieron entre el 19 de junio y el 14 de octubre de 2014, teniendo en cuenta el salario definido por la *a quo* de $784.784, tiene derecho el señor Arbey Gómez Valencia a que se le reconozca a título de sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, la suma de $3.034.498 y no la suma de $13.550.604 fijada en primera instancia.

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., basta decir que según se desprende de la posición de la Corte en sentencia 14.586 (Sala Laboral) y 7304 de agosto de 2003 (Sala Civil), con base en los artículos 1687 y 1693 del Código Civil, se tiene que no es dable entender que se ha presentado novación, cuando las modificaciones realizadas son simplemente accesorias al contrato principal, en consideración a que no llevan consigo la extinción de la obligación primigenia.

Por lo anterior, verificados los Otros Sí No. 2, 3 y 4 del Contrato de Concesión 01 de 2004 suscritos entre las sociedades accionadas –cd folio 123 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.

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, pertinente es revisar cuales son los emolumentos que se cubren en esa póliza –fls.231 a 242- 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 referida póliza, 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 se hizo en el curso de la primera instancia, pero siendo del caso advertir que la responsabilidad de la aseguradora únicamente se activa en el momento en el que la beneficiaria de la póliza Nº 1937092, esto es, Megabus S.A. efectúe los pagos de las condenas impuestas a favor del accionante, estando obligado a reembolsarle las sumas canceladas, teniendo en cuenta el límite del valor asegurado y el porcentaje que se ha visto afectado con otros procesos judiciales legalmente finalizados; lo que implica que se modifique el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito.

Quedan así resueltos los recursos presentados por las llamadas en garantía.

Sin costas en esta instancia.

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** los ordinales TERCERO y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, los cuales quedarán así:

*“****TERCERO. CONDENAR*** *a PROMASIVO S.A. y solidariamente a MEGABUS S.A., SI 99 S.A. y LÓPEZ BEDOYA & ASOCIADOS S EN C., a reconocer y pagar a favor del señor ARBEY GÓMEZ VALENCIA, las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos: 3 días de salarios por valor de $52.024, auxilio de transporte de junio de 2014 $43.200, Bonificación junio de 2014 $60.000; Prima de servicios 2014 por valor de $551.808; Cesantías 2013 por valor de $1.143.279; Cesantías 2014 por valor de $551.808, Intereses a las cesantías 2014 por valor de $30.901; Compensación por vacaciones por valor de $226.635; Indemnización por no consignación de las cesantías del año 2013 por valor de $4.887.445; Sanción por no pago de salarios y prestaciones sociales por valor de $3.034.498.*

***QUINTO. CONDENAR*** *a LIBERTY SEGUROS S.A. a reembolsar a la sociedad MEGABUS S.A como beneficiaria de la póliza Nº 1937092, las sumas que ésta cancele a favor del señor ARBEY GÓMEZ VALENCIA, para lo cual deberá tener en cuenta el límite del valor asegurado y el porcentaje en el que se ha visto afectada con otros procesos judiciales.”.*

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

Sin costas en esta instancia.

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**

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