El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, lunes 27 de mayo de 2019

Radicación No: 66001-31-05-001-2015-00063-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Fabio Alberto Ortiz León

Demandado: Megabús S.A. y otros

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / NOVACIÓN / REQUISITOS / NO SE CUMPLEN EN ESTE CASO / COBERTURA DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA.**

En lo tocante con la apelación de la sociedad SI 99 S.A., consistente en que se declare que con ocasión a la suscripción de los otros sí, se modificó la esencia del contrato de concesión No. 01 de 2004 del cual era garante, y en consecuencia se presentó una novación, figura disciplinada en el artículo 1687 del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones consistente en cambiar la obligación primitiva por otra nueva, siendo “necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indubitablemente que su intención ha sido novar...” (1693 ibídem).

El tema, ha sido abordado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia… y también por su homóloga laboral…, en las que se hace énfasis acerca de la existencia de un verdadero y auténtico cambio de la obligación por otra, y no en simples modificaciones leves o adjetivas sin repercusiones de significación alguna alrededor objeto de la obligación pactada primigeniamente.

En ese orden, los cambios introducidos, en el “Otros sí”, al contrato de concesión, del cual la recurrente, fue una de sus adherentes, como solidaria, y que milita en medio magnético CD, a folio 131, versan tales modificaciones en aspectos netamente operativos del sistema de transporte, sin que revelen cambios sustanciales acerca del objeto a que se comprometió verdaderamente la concesionaria…

Por ende, la esencia de la obligación, se conservó intacta, tal cual se consignara en los otros sí Nos. 1 y 5 y de similar manera en el otro sí No. 2.

De suerte que, en los términos del artículo 1687 del Código Civil, no hay novación si no hay sustitución de una obligación por otra. (…)

… tampoco le asiste razón a la compañía aseguradora en cuanto afirma que la póliza de seguro no cubre la culpa grave, el dolo y los actos meramente potestativo, pues tales exclusiones no se advierten en el texto de la póliza, que por el contrario, lisa y llanamente, preceptúa que la misma garantiza el cumplimiento, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, en desarrollo del contrato de concesión No. 01 de 2004 de Megabus S.A., para el concesionario.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

# SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintisiete (27) días del mes de mayo de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.), procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas Sistema Integrado de Transporte Masivo SI 99 S.A. y Liberty Seguros S.A. contra la sentencia proferida el 8 de junio de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **Fabio Alberto Ortiz León** contra **Promasivo S.A., Megabus S.A.;** y las llamadas en garantía**: Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., López Bedoya y Asociados & Cia. En. C.** y **Liberty Seguros S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES**

**INTRODUCCIÓN**

Pretende el demandante se declare que entre él y Promasivo S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 8 de noviembre de 2010 y el 10 de septiembre de 2014, y en consecuencia, se condene a esa sociedad y solidariamente a Megabús S.A., a reconocer los valores de la liquidación final, las cesantías del 2012 y 2013, la moratoria por no consignación de las cesantías, las vacaciones causadas entre el 8 de noviembre de 2012 y ese mismo día y mes del 2013, los aportes a pensión adeudados, el reajuste de los que se hicieron sobre una base salarial inferior, la indemnización por despido injustificado, la sanción moratoria de que trata el artículo 65 CST, más las costas del proceso a su favor.

Como fundamento a esos pedimentos, expone que prestó sus servicios personales bajo la continuada dependencia y subordinación de Promasivo durante el lapso referido, para desempeñar el cargo de operador de bus alimentador del Sistema de Transporte Masivo; que la relación laboral culminó por renuncia voluntaria del trabajador dado los múltiples incumplimientos del empleador en el pago de sus acreencias laborales, lo que generó además que la empresa realizara 7 ceses de actividades entre el 2011 y el 2014; que devengó durante el último año un salario promedio de $1`327.567, que incluía un salario básico de $895.352, más una bonificación constante de $100.000 mensuales; que cumplía un horario de 4:00 a.m. a 12:00 p.m. en turnos rotativos; que Promasivo S.A. es el concesionario del Sistema de Transporte Masivo del Área Metropolitana Centro de Occidente y Megabús el ente gestor encargado del control vigilancia del contrato de Concesión No. 01 de 2004, suscrito entre esas entidades; que Megabus se reservó el derecho de impartir las ordenes y definir las necesidades de la operación; que a la finalización del contrato de trabajo no le fueron canceladas las prestaciones sociales y demás acreencias que aquí se reclaman; que el 7 de noviembre de 2014 radicó ante Megabús reclamación administrativa tendiente a obtener las acreencias laborales adeudadas, no obstante, la solicitud le fue negada.

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

Promasivo S.A. en liquidación, aceptó los hechos relacionados con la existencia del vínculo laboral con el demandante en los extremos temporales referidos, el salario básico devengado y la bonificación mensual, aclarando que no era constitutiva de salario, la renuncia del trabajador, el contrato de concesión que suscribió con Megabus S.A., las dificultades en la prestación del servicio, entre otros. Se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que se atiene a lo que resulte debidamente probado. En su defensa, propuso como excepciones de fondo: “Prescripción”, “Inexistencia parcial de las obligaciones demandadas” y “cobro de lo no debido”, ver folios 98 a 109.

Megabus S.A., se opuso igualmente a las pretensiones. Replicó que su contratista y concesionaria Promasivo S.A., gozaba de plena autonomía y libertad para contratar el personal requerido, por ende, Megabús no tiene compromiso en este asunto, en los términos y para los efectos de la cláusula de indemnidad que se pactó con el concesionario. Propuso como medios exceptivos de mérito los de “Prescripción” e “Improcedencia de la declaratoria de solidaridad de Megabús S.A. en los términos del artículo 34 del CST”. En escrito anexo llamó en garantía a SI 99 S.A., López Bedoya y Asociados y Cia. S. en C., y a la Compañía Liberty Seguros S.A., ver folios 328 a 353.

La jueza accedió a los llamamientos.

Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., se opuso a las declaraciones y condenas impetradas en su contra, aduciendo que su responsabilidad solidaria se surte con respecto a las relaciones surgidas única y exclusivamente entre Promasivo S.A: y Megabus S.A., y no frente a terceros que no formaron parte del contrato de concesión. Puso de presente además que la sociedad enajenó sus acciones desde el año 2009, por lo que dejó de ser parte del concesionario, de suerte que, los hechos que se alegan en la demanda no le son oponibles. Propuso como excepciones de fondo: “Inexistencia de solidaridad”, “Cobro de lo no debido por ausencia de causa”, “Buena fe” y “Prescripción”, ver folios 462 a 483.

López Bedoya y Asociados & Cia. S. en C., se opuso a las pretensiones, indicando que no es la llamada a responder solidariamente por las obligaciones laborales peticionadas en los términos del artículo 34 CST, y se atuvo a lo probado en el proceso. Propuso como excepciones de fondo: “Ausencia de solidaridad”, “Prescripción”, e “Inexistencia de las obligaciones demandadas”, ver folios 684 a 710.

Liberty seguros S.A., se opuso a las declaraciones y condenas iniciales. Propuso como excepciones de fondo “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Acuerdo de transacción”, “Falta de competencia por agotamiento de jurisdicción”, “Cosa Juzgada”, “Pago”, “Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”, “Improcedencia de reconocimiento de intereses moratorios”, “Inexistencia de la obligación de indemnizar” y “Prescripción”, ver fls.353 y ss. Se opuso, igualmente, a las pretensiones del llamamiento, indicando que se atiene a lo que resulte probado en el proceso, por cuanto la responsabilidad debe circunscribirse a los términos, condiciones y exclusiones de la póliza vigente al momento de producirse los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de: “Inasegurabilidad de la culpa grave y los actos meramente potestativos”, “Riesgos no amparados”, “Ausencia de dolo y de cobertura de la póliza”, “Límite asegurado”, “No constitución en mora por parte del beneficiario”, y “Oposición a medios de prueba emanados de terceros”, ver folios 774 a 798.

En la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, con ocasión al Acuerdo de transacción suscrito el 10 de agosto de 2015 por el demandante y la Compañía Aseguradora Liberty Seguros S.A., visible a folio 365, en el que se cancelaron en favor del trabajador el valor de los rubros causados con ocasión del contrato de trabajo, tales como cesantías, intereses a las cesantías, primas, salarios, horas extras e indemnización por despido injusto, y ante la manifestación de la parte actora de desistir frente a esos créditos laborales, la a-quo ordenó adecuar la fijación del litigio sobre los demás hechos y pretensiones de la demanda, es decir, las indemnizaciones, aportes a pensión y demás emolumentos no incluidos en el acuerdo, ver folio 820.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de primer grado dictó fallo el 8 de junio de 2018, en el que declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y Promasivo S.A. liquidada, desde el 8 de noviembre de 2010 al 10 de septiembre de 2014, y en consecuencia, condenó al empleador y solidariamente a Megabús S.A. a cancelar en favor del trabajador, los siguientes rubros: la indemnización por no consignación de cesantías por valor de $6`639.335; la sanción moratoria del artículo 65 CST a razón de $29.845 diarios entre el 11 de septiembre de 2014 y el 10 de septiembre de 2015, fecha en que se suscribió el acuerdo de transacción, para un valor de $9`819.005 y, al pago de los aportes a pensión omitidos por el empleador, así como el reajuste de los efectuados con un IBC inferior al que correspondía, más las costas.

En la motiva, estimó que la crisis económica por la que atravesaba la entidad empleadora Promasivo S.A. desde el año 2012, no es motivo suficiente para la exoneración del pago de las obligaciones laborales para con sus trabajadores, por lo que no puede tenerse por demostrado que su actuar estuvo revestido de buena fe.

De otra parte, en relación con la indemnización por despido injusto, estimó que si bien se acreditó que el demandante presentó su carta de renuncia debido a los múltiples incumplimientos del empleador en el pago de sus obligaciones laborales, lo cual en un principio haría procedente la imposición de esta condena, lo cierto que ese rubro quedó inmerso en el acuerdo de transacción celebrado con Liberty Seguros S.A.

Condenó a las sociedades SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados como responsables solidarias de Megabus, en razón a la suscripción de contrato de concesión, al igual que a Liberty Seguros S.A., en virtud de la póliza suscrita entre ambas, advirtiendo que podrá ser afectada siempre que su valor global no se haya agotado con reclamaciones anteriores.

**APELACIÓN**

 El procurador judicial de la sociedad Liberty Seguros S.A se alzó contra la decisión, indicando que: (i) las exclusiones de la póliza contemplan la culpa grave, el dolo y los actos meramente potestativos, y dado que Promasivo, en calidad de tomador y Megabus como asegurado, incumplieron sus obligaciones contractuales, no existe cobertura en el pago de indemnizaciones moratorias, al tenor de lo preceptuado en el artículo 1055 del C. Co; (ii) el acuerdo de transacción no fue tenido en cuenta al momento de la a-quo dictar decisión de fondo, puesto que se ha debido declarar configurada la excepción de pago, por cuanto ya fueron desembolsados los pagos correspondientes por la aseguradora, y (iii) los aportes a pensión no está contemplado o cubierto por la póliza de seguros.

Por su parte, Sistema de Transporte Masivo SI 99 S.A. se mostró inconforme con la solidaridad que se le deduce con el llamamiento en garantía, aduciendo la suscripción de los Otros Sí, modificó la esencia del contrato de concesión Nº 01 de 2004 del que era garante, por lo tanto, al no haber participado en la suscripción de los mismos, se da la figura de la novación de la obligación, como eximente de cualquier responsabilidad solidaria frente a Megabús S.A.

**CONSIDERACIONES.**

 Problema jurídico.

 *¿El acuerdo de transacción celebrado entre el actor y la aseguradora Liberty S.A. fue tenido o no en cuenta por la a-quo al momento de imponer las condenas frente a Megabús y la llamada en garantía?*

*¿Le asiste razón a la aseguradora Liberty S.A. cuando afirma que en el proceso quedó acreditada la mala fe del empleador Promasivo S.A. y en consecuencia no es posible afectar la Póliza de Seguro, para cubrir el pago de las sanciones moratorias impuestas?*

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

*¿Debe responder solidariamente la sociedad SI 99 S.A. frente a Megabús S.A. como lo concluyó la a-quo, o por el contrario, se configuró una novación de las obligaciones con la suscripción de los otros sí al Contrato de Concesión 01 de 2004?*

**Desenvolvimiento de la problemática planteada.**

Alega la compañía aseguradora Liberty Seguros S.A. que la sentencia de primer grado no tuvo en cuenta al momento de proferir sentencia condenatoria contra Megabus y las llamadas en garantía, el Acuerdo de Transacción suscrito el 10 de agosto de 2015 con el señor Fabio Alberto Ortiz León, pues a su juicio, debió declarase probada la excepción de mérito de pago propuesta en la contestación de la demanda.

Al revisar el referido documento –fl.365, se evidencia que la compañía aseguradora se comprometió a cancelarle al actor la suma de $4`299.479, para cubrir los siguientes créditos laborales adeudados por Promasivo: auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas, salario, horas extras e indemnización por despido; se especificó además que el trabajador declara a paz y salvo a Promasivo S.A., Megabus S.A. y Liberty Seguros S.A. **única y exclusivamente** por los conceptos en mención.

Ese fue el motivo por el que la juez, ante la manifestación por escrito de la parte actora de querer desistir de las peticiones encaminadas a obtener el pago de las acreencias laborales descritas, ordenó en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, continuar el trámite del proceso únicamente respecto a las pretensiones restantes, esto es, la del pago de las sanciones moratorias estipuladas en el artículo 65 CST y el 99 de la Ley 100/93, de aportes al sistema de seguridad social en pensiones y de la compensación de las vacaciones, concluyendo en la sentencia que procedía el pago de los tres primeros conceptos.

Por ende, se declara infundada la apelación en ese sentido, por cuanto la a-quo sí tuvo en cuenta el acuerdo de transacción en mención al momento de emitir el fallo atacado.

En cuanto al segundo cuestionamiento, se dirá que tampoco le asiste razón a la compañía aseguradora en cuanto afirma que la póliza de seguro no cubre la culpa grave, el dolo y los actos meramente potestativo, pues tales exclusiones no se advierten en el texto de la póliza, que por el contrario, lisa y llanamente, preceptúa que la misma garantiza el cumplimiento, pago de salarios, prestaciones sociales **e indemnizaciones laborales**, en desarrollo del contrato de concesión No. 01 de 2004 de Megabus S.A., para el concesionario.

Y en orden a que no quede asomo de duda en cuanto a la cobertura de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, incluido lo concerniente a los aportes al sistema pensional, reza el documento visible a folio 534, en el punto 1.5 "*Amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales*", que estos amparos, se cubrirán a la entidad estatal contratante, de los perjuicios que le ocasionen, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales, que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional.

Así se consignó además en el contrato de concesión cuando exigió que la garantía de la póliza de cumplimiento debía cubrir el pago de los salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás acreencias de los empleados del Concesionario que intervinieran en el cumplimiento del referido contrato de concesión (ver punto 73.7 Clausula 73).

De allí que resulte claro afirmar que siendo Megabús responsable solidario de las obligaciones patronales a cargo de Promasivo, la cual valga decir, no mereció reparo alguno en esta contención, puesto que la misma se desprende del ejercicio de la actividad del transporte masivo de pasajeros, a cargo de cada una de las accionadas, misma que aplicó la fuerza laboral desplegada por el actor, en cumplimiento del contrato de concesión No. 1 de 2004, bajo las órdenes de la contratista o concesionaria (art. 34 C.S.T.), la totalidad de los créditos laborales están cubiertos con la póliza, puesto que aunque los aportes pensionales no fueron determinados en forma explícita, sí quedaron contemplados al esgrimirse que cubre la totalidad de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista garantizado.

Por ende, acertó la a-quo al declarar que le corresponde a Liberty Seguros S.A. responder por las sumas que por conceptos de sanciones moratorias y pago de aportes a la seguridad social en pensiones, se haya condenado a Megabús S.A. en su calidad de beneficiaria de los servicios prestados por el accionante, y al advertir que sólo puede ser afectada hasta el monto asegurado, tal y como se determina en la cláusula 4ª de la misma y en ese aspecto.

No sale avante, tampoco este segmento del recurso interpuesto.

En lo tocante con la apelación de la sociedad SI 99 S.A., consistente en que se declare que con ocasión a la suscripción de los otros sí, se modificó la esencia del contrato de concesión No. 01 de 2004 del cual era garante, y en consecuencia se presentó una novación, figura disciplinada en el artículo 1687 del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones consistente en cambiar la obligación primitiva por otra nueva, siendo *“necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indubitablemente que su intención ha sido novar...*” (1693 ibídem).

El tema, ha sido abordado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Sentencia No. 7304 del 12 de agosto de 2003, y también por su homóloga laboral, en sentencia del 16 de febrero de 2001, Radicación 14.586, en las que se hace énfasis acerca de la existencia de un verdadero y auténtico cambio de la obligación por otra, y no en simples modificaciones leves o adjetivas sin repercusiones de significación alguna alrededor objeto de la obligación pactada primigeniamente.

En ese orden, los cambios introducidos, en el “Otros sí”, al contrato de concesión, del cual la recurrente, fue una de sus adherentes, como solidaria, y que milita en medio magnético CD, a folio 131, versan tales modificaciones en aspectos netamente operativos del sistema de transporte, sin que revelen cambios sustanciales acerca del objeto a que se comprometió verdaderamente la concesionaria, puesto que apenas tratan del:(i) patio troncal, (ii) los diseños de las obras de construcción y adecuación; (iii) la forma de vinculación de los autobuses troncales y alimentadores; (iv) las especificaciones técnicas y ajustes dentro de la tipologías de buses, (v) características de apariencia interna y externa, en cuanto a seguridad, silletería y condiciones especiales para vehículos nuevos; (ví) dotación del patio troncal en relación con el abastecimiento de combustible y mantenimiento de la flota de buses; (vii) la infraestructura para la fase de operación temprana y su tiempo o plazo de duración; (viii) la prórroga de la cobertura de aseguramiento de la etapa de operación temprana y ampliación de la póliza, entre otras.

Mientras que el objeto esencial del contrato de concesión 01 de 2004, consistió en: la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas troncales del Sistema Megabús, a través de la participación del Concesionario en los recursos económicos generados por la prestación del servicio.

Por ende, la esencia de la obligación, se conservó intacta, tal cual se consignara en los otros sí Nos. 1 y 5 y de similar manera en el otro sí No. 2.

De suerte que, en los términos del artículo 1687 del Código Civil, no hay novación si no hay sustitución de una obligación por otra.

No prospera, por ende, el recurso.

No prospera, por ende, el recurso de apelación interpuesto por la sociedad SI99.

 Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes, dada la improsperidad de los argumentos expuestos en sus alzadas.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**1. Confirmar** la sentencia dictada el 8 de junio de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira.

**2. Costas** en esta instancia a cargo de las recurrentes y a favor de Megabús S.A.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado