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

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 30 de mayo de 2019

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00479-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Diego Fernando Garcés Granada

Demandado: Megabús S.A. y otros

Juzgado de origen: Quinto 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 al apelante cuando afirma que la póliza de seguros no cubre lo concerniente a las vacaciones y aportes a pensión reconocidos en primera instancia, por cuanto si bien el punto 1.5 en comento, hace alusión al amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, tal enunciación es apenas ejemplificativa, sin que tales rubros puedan entenderse en forma taxativa o restrictiva, pues el documento en mención seguidamente puntualizó que se cubrirá a la entidad estatal contratante de todos los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que este obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional.

Luego entonces, si bien es cierto que no se hace una mención explicitica de la cobertura del pago de las vacaciones y de los aportes a seguridad social en pensiones, también lo es que estos sí están implícitamente cobijados por la póliza, la cual se itera, fue suscrita para garantizar el pago de la totalidad de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista, es decir, Promasivo S.A. frente a sus trabajadores.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

# SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los treinta (30) días del mes de mayo de dos mil diecinueve (2019), siendo las siete y treinta de la mañana (7:30 a.m.), procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas López Bedoya y Asociados, Sistema Integrado de Transporte Masivo SI 99 S.A. y Liberty Seguros S.A. contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **Diego Fernando Garcés Granada** contra **Promasivo S.A. en liquidación, Megabus S.A.** y las llamadas en garantía**: Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., López Bedoya y Asociados & Cia. En. C.** y **Liberty Seguros S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES**

**INTRODUCCIÓN**

Pretende el demandante se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre él y Promasivo S.A., desde el 29 de agosto, 2011 y el 29 de agosto de 2014, fecha en que culminó por causas imputables al empleador; en consecuencia pide que se condene a esa entidad y solidariamente a , a pagar los valores de la liquidación final del contrato, que corresponde a las horas dominicales y el recargo nocturno, cesantías del 2012, 2013 y 2014, prima de servicios del segundo semestre de 2014, vacaciones del 2013 y 2014, aportes a pensión de los meses de abril a diciembre de 2013 y julio a agosto de 2014, así como el reajuste de los ciclos de enero a junio de 2014, la indemnización por despido injusto, las sanciones moratorias contenidas en el artículo 65 CST y artículo 99 Ley 50/90, más las costas del proceso.

Como fundamento a esos pedimentos, expone que prestó sus servicios personales bajo la continuada dependencia y subordinación de Promasivo, para desempeñar el cargo de operador de bus alimentador del Sistema de Transporte Masivo, cumpliendo los horarios establecidos; que para el año 2014 recibió como asignación básica mensual, sin incluir el trabajo suplementario, la suma de $895.352; que recibía una bonificación mensual habitual de $ 100.000; que su empleador realizó cotizaciones al sistema de pensional sobre una base inferior a la que correspondía en los ciclos referidos previamente sobre los cuales se pide el reajuste; que no realizó el pago en los meses abril a diciembre de 2013, y de julio a agosto de 2014; aduce 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 presentó renuncia a raíz de los múltiples incumpliendo de su empleador en el pago de sus obligaciones laborales; que a la fecha no le han cancelado las acreencias laborales solicitadas a través de esta acción judicial; que presentó reclamación de los créditos laborales ante el empleador, Megabús y la Superintendencia de sociedades, sin embargo, ninguna de las entidades ha concurrido al pago.

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

Promasivo S.A. en liquidación, aceptó los hechos relacionados con la existencia del vínculo laboral con el demandante, el salario básico devengado y la bonificación mensual, aclarando que no era constitutiva de salario, el contrato de concesión que suscribió con Megabus S.A., las dificultades en la prestación del servicio, el extremo inicial de la relación, entre otros. Se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. En su defensa, propuso como excepciones de fondo: “Prescripción”, “Inexistencia parcial de las obligaciones demandadas”, “Cobro de lo no debido”, “Indebida acumulación de pretensiones” y “Doble cobro de las acreencias laborales” ver folios 99 a 106.

Megabus S.A., se opuso igualmente a las pretensiones. Replicó que su contratista y concesionaria Promasivo S.A., gozaba de plena autonomía y libertad para contratar el personal requerido, por ende, Megabús no tiene compromiso en este asunto, en los términos y para los efectos de la cláusula de indemnidad que se pactó con el concesionario. Propuso como único medio exceptivo el de “Prescripción”. En escrito anexo llamó en garantía a SI 99 S.A., López Bedoya y Asociados y Cia. S. en C., y a la Compañía Liberty Seguros S.A., ver folios 118 a 137.

La jueza accedió a los llamamientos.

Liberty seguros S.A., se opuso a las declaraciones y condenas iniciales. Propuso como excepciones de fondo “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”, “Improcedencia de reconocimiento de intereses moratorios”, “Inexistencia de la obligación de indemnizar” y “Prescripción”, ver fls.211 a 225. Se opuso, igualmente, a las pretensiones del llamamiento, indicando que se atiene a lo que resulte probado en el proceso, por cuanto la responsabilidad debe circunscribirse a los términos, condiciones y exclusiones de la póliza vigente al momento de producirse los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de: “Inasegurabilidad de la culpa grave y los actos meramente potestativos”, “Riesgos no amparados”, “Ausencia de dolo”, “Límite asegurado”, “No constitución en mora por parte del beneficiario”, y “Oposición a medios de prueba emanados de terceros”, ver folios 226 a 229.

Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., se opuso a las declaraciones y condenas impetradas en su contra, aduciendo que su responsabilidad solidaria se surte con respecto a las relaciones surgidas única y exclusivamente entre Promasivo S.A. y Megabus S.A., y no frente a terceros que no formaron parte del contrato de concesión. Puso de presente además que la sociedad enajenó sus acciones desde el año 2009, por lo que dejó de ser parte del concesionario, de suerte que, los hechos que se alegan en la demanda no le son oponibles. Propuso como excepciones de fondo: “Falta de Legitimación por pasiva”, “Cobro de lo no debido por inexistencia de obligación y por ausencia de causa”, “Inexistencia de solidaridad”, “Buena fe” y “Prescripción”, ver folios 252 a 273.

López Bedoya y Asociados & Cia. S. en C., se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento, indicando que no es la llamada a responder solidariamente por las obligaciones laborales peticionadas en los términos del artículo 34 CST, y se atuvo a lo probado en el proceso. Propuso como excepciones de fondo: “Petición antes de tiempo”, “Inexistencia del demandante o del demandado”, “Ausencia de solidaridad”, “Prescripción”, e “Inexistencia de las obligaciones demandadas”, ver folios 320 a 345.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de primer grado dictó fallo el 29 de agosto 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 29 de agosto de 2011 y el 29 de agosto de 2014, y en consecuencia, condenó a este a pagar las horas extras y recargos nocturnos causados en el mes de agosto de 2014, la prima de servicios proporcioanl al segundo semenestre del año 2014, las cesantías causadas desde el 2012, los intereses a las mismas del año 2014, la indemnización por despido injusto, la sanciones moratoria por no consignación de las cesantías causadas en el 2013 y, por no pago de salarios y prestaciones sociales, los aportes a seguridad social en los periodos de abril a diciembre de 2013 y de enero a agosto de 2014 y, la indexación de la condena por vacaciones y despido injusto.

Dispuso que Megabus SA., era solidaria, así mismo, condenó en el mismo nivel de solidarias a las sociedades SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados, por las obligaciones de Megabus, en razón de la suscripción del contrato de concesión, al igual que a Liberty Seguros en virtud de la póliza y hasta el límite del valor asegurado. Por último, impuso las costas a cargo de Promasivo y Megabús en favor del demandante en un 90 % de las causadas y, a las llamadas en garantía a favor de Megabús en un 20 %.

**APELACIÓN**

El procurador judicial de la sociedad López Bedoya y Asociados cuestionó la imposición de las indemnizaciones a las que accedió la primera isntancia, puesto a su consideración, quedó debidamente acreditado que desde el 2012 Promasivo S.A., atravesó una difícil situación económica que le impidió cumplir con sus obligaciones como empleador, siendo prueba de ello el sometimiento a control por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la intervención en el manejo de la empresa y la posterior liquidación judicial ante la Superintendencia de Sociedades. Por lo que solicita se analice a fondo este aspecto, puesto que la entidad no actuó de mala fe y por ende, se absuelva de las indemnizaciones impuestas.

 Por su parte, SI 99 S.A. se mostró inconforme con la solidaridad que se le deduce con el llamamiento en garantía, aduciendo que la suscripción de los Otros Sí, modificaron 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.

 Por su parte, 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; ni tampoco existe cobertura para el pago de los aportes a pensión y las vacaciones reconocidas por la a-quo.

**CONSIDERACIONES.**

 Problemas jurídicos.

*¿Son de recibo las sanciones moratorias de que tratan los artículos 99 de la Ley 50/90 y 65 del CST y, la indemnización por despido injusto?*

*¿Debe responder solidariamente la sociedad SI 99 S.A. frente a Megabús S.A. como lo concluyó la a-quo?*

*¿La mala fe patronal afectó o no la Póliza de Seguro, o alguno de los rubros laborales?*

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

**Desenvolvimiento de la problemática planteada.**

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

Reprocha esta sociedad la imposición de las sanciones moratorias a las que accedió la a-quo, contenidas en el artículo 65 CST y 50 de la Ley 50 de 1990, pues a su juicio, la crisis económica de Promasivo S.A, le impidió cumplir las obligaciones laborales, circunstancia que considera es indicativa de buena fe, y por ende, exonerativa de las sanciones referidas.

Al respecto, debe la Sala precisar en primer lugar, que tal como lo tiene decantado la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad laboral, las indemnizaciones moratorias no proceden de forma automática ni inexorable, pues no es suficiente que el empleador adeude objetivamente salarios y/o prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral, sino que es menester que el juzgador ausculte en el comportamiento subjetivo del obligado, en aras de verificar si existen razones atendibles que lo impulsaron a no cancelar los haberes laborales al momento de la conclusión del nexo contractual, pues en caso de existir razones serias y justificables por estar revestidas de buena fe, se procedería a su exoneración, de lo contrario, se fulminaría condena.

También, es pacífica la línea jurisprudencial, que por regla general la crisis económica no es un ejemplo de la buena fe patronal, y por ende, exonerativa de esta condena, siempre que no se den circunstancias particulares que afloren tal buena fe, tal cual ocurre con la liquidación obligatoria o forzada por el Estado, de una sociedad comercial, a través de la Superintendencia del ramo, tal cual se ha venido aplicando por esta Sala, en el evento de Promasivo S.A., a partir de 2015, sin embargo, tal circunstancia exculpativa, no se le ha atribuido el susodicho alcance, a hechos ocurridos con antelación a esa intervención obligatoria, cuál se presentó a propósito de la intervención de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la cual tras imponer multas a aquella sociedad, removió a sus representantes legales para posesionar a otros, quienes al igual que a los liquidadores en el trámite liquidadorio, velaron por la administración del patrimonio de la entidad con miras a la protección de la prenda general de acreedores en especial la de los trabajadores, por lo que si no realizaron los pagos oportunos a estos, no fue por la desidia u otra circunstancia que se le pueda reprochar en tal sentido, sino a causa de la situación que recibieron, aspecto que replanteó la Sala de decisión No. 3, en ocasión reciente, al ubicar tal conducta dentro de los parámetros de la Buena Fe, capaz de exonerar a la obligada de las indemnizaciones dichas, a partir del momento en que la Superintendencia de Puertos y Transporte además de supervigilar a Promasivo S.A., designó como interventora a la Dra. Adriana Betancourt Ortiz, quien tomó posesión del cargo el 15 de octubre de 2014.

  De suerte, que esta Sala de Decisión obrando en consonancia con su homóloga Sala de decisión No. 3, recogerá su línea anterior, para en su lugar, disponer que la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, corre del 30 de agosto al 14 de octubre de 2014, a razón de un salario diario de $29.845, para un total de $1`343.025. No se modificará el valor de la sanción por no consignación de cesantías, por cuanto la a-quo acertó al establecerla frente a las cesantías del 2012, desde el 15 de febrero de 2013 al 14 de febrero de 2014 y, frente a las causadas en el año 2013, aplicar la sanción desde el 15 de febrero al 29 de agosto de 2014. Se modificará por ende, el ordinal 3º de la sentencia.

No procede la exoneración de la indemnización por despido injusto, como quiera que esta se produjo antes de la designación del agente interventor por parte del Estado, quien como se dijo, tomó posesión del cargo el 15 de octubre de 2014, por lo que sólo a partir de esa fecha puede entenderse que el representante legal y los directivos de Promasivo perdieron el control de la compañía.

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, vale precisar que tal figura se encuentra disciplinada en el artículo 1687 del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones consistente en cambiar la obligación primitiva por otra nueva, siendo *“necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indubitablemente que su intención ha sido novar...*” (1693 ibídem).

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

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

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

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

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

No prospera, por ende, el recurso de apelación.

En relación con el cuestionamiento de la compañía aseguradora Liberty Seguros, se dirá que no le asiste razón en punto a que la póliza 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, reza el documento visible a folio 236, 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.

Tampoco le asiste razón al apelante cuando afirma que la póliza de seguros no cubre lo concerniente a las vacaciones y aportes a pensión reconocidos en primera instancia, por cuanto si bien el punto 1.5 en comento, hace alusión al amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, tal enunciación es apenas ejemplificativa, sin que tales rubros puedan entenderse en forma taxativa o restrictiva, pues el documento en mención seguidamente puntualizó que se cubrirá a la entidad estatal contratante de todos los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que este obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional.

Luego entonces, si bien es cierto que no se hace una mención explicitica de la cobertura del pago de las vacaciones y de los aportes a seguridad social en pensiones, también lo es que estos sí están implícitamente cobijados por la póliza, la cual se itera, fue suscrita para garantizar el pago de la totalidad de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista, es decir, Promasivo S.A. frente a sus trabajadores.

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

Por ende, acertó la a-quo al declarar que le corresponde a Liberty Seguros S.A. responder por las sumas que por dichos conceptos 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 del límite asegurado, al tenor de la cláusula 4 de la misma. Por ende, no prospera el recurso.

Con lo dicho, quedan resueltos íntegramente las inconformidades propuestas.

Costas de segundo grado a cargo de SI 99 y Liberty Seguros S.A., a favor de Megabús S.A. Se absuelve a López Bedoya y Asociados, dada la prosperidad parcial del recurso.

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. **Modificar** parcialmente el ordinal 3º de la sentenciaproferida el 29 de agosto de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia de la referencia, en el sentido de indicar que la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, corre del 30 de agosto al 14 de octubre de 2014, a razón de un salario diario de $29.845, para un total de $1`343.025.
2. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes SI 99 SS.A. y Liberty Seguros S.A., 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