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 del 26 de abril de 2019

Radicación No. : 66001-31-05-001-2015-00451-01

Proceso : Ordinario Laboral

Demandante : Alexander Londoño Marín

Demandado : Promasivo S.A. y Megabús S.A.

Juzgado : Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: DOCUMENTOS EMANADOS DE LAS PARTES / VALOR PROBATORIO / REQUISITOS / PRUEBA DEL PAGO DE OBLIGACIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO O CONVENCIÓN / SU INEXISTENCIA CONSTITUYE INDICIO GRAVE EN CONTRA DEL PRESUNTO DEUDOR / TEORIA DEL RIESGO ASEGURADO / EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL INCLUYE LA CULPA GRAVE, A MENOS QUE SE EXCLUYA EXPRESAMENTE / NOVACIÓN / DEFINICIÓN.**

Tratándose de documentos que emanen de las partes, su mérito probatorio estará condicionado, en todos los casos, a su autenticidad, puesto que mal podría generar convencimiento al juez un documento del que no se sabe con certeza quién es su autor y quiénes sus suscribientes. Dicho instrumento, cuando no estuviere suscrito o firmado por la contraparte, solo puede hacer fe contra el que lo ha elaborado, escrito o firmado, pues es claro que en estos casos se debe atender a la regla probatoria según la cual las aseveraciones de las partes únicamente pueden ser valoradas cuando constituyan una confesión, es decir, en aquello que les produzca consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a su contraparte. (…)

… cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, debe apreciarse por el juez de la causa como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto (Art. 225 del C.G.P.), de modo que, ante la ausencia de un documento indicativo del pago de las acreencias laborales reclamadas en la demanda, el indicio grave debe operar en contra de los supuestos deudores, pues la prueba del pago se prefiere por escrito, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión. (…)

… el artículo 1055 del mismo código, como bien lo indica el apelante, señala que “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador asegurado o beneficiario son inasegurables...”. Dicha regla se mantuvo vigente para todos los contratos de seguro hasta 1990, pero, con la expedición de la Ley 45 de ese año, que modificó el artículo 1127 del C.Com., se extendió la cobertura del seguro de responsabilidad civil a la culpa grave, lo que ha llevado a la Sala Civil de La Corte Suprema de Justicia a sostener que si no se excluye expresamente la culpa grave, se debe entender que esta se encuentra cubierta en el respectivo seguro de responsabilidad civil. (…)

(…) 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.), pues en los casos en que no hay cambio de personas, ni de objeto, ni modificaciones sustanciales sobre 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, pueda presumirse la intención de novar las condiciones del contrato”.

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

#### **SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Abril 26 de 2019)**

##### Audiencia de juzgamiento

Siendo las……. de hoy, viernes, 26 de abril de 2019, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso Ordinario Laboral instaurado por **ALEXANDER LONDOÑO MARÍN** en contra de **PROMASIVO S.A.** y **MEGABÚS S.A**., al cual fueron vinculadas como llamadas en garantía las sociedades **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.**, **LÓPEZ BEDOYA Y ASOCIADOS Y CIA S. en C.** y **LIBERTY SEGUROS S.A.**

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por la parte actora y las llamadas en garantía, **LIBERTY SEGUROS S.A.** y **SI-99 S.A.**, en contra de la sentencia emitida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Pereira el pasado 7 de junio de 2018.

**PROBLEMA JURÍDICO**

De acuerdo al esquema del recurso de apelación impetrado por la parte actora, resulta necesario verificar en sede de segunda instancia si las planillas de nómina aportadas por PROMASIVO S.A., en realidad constituyen plena prueba del pago de las acreencias laborales reclamadas en este asunto. Asimismo, se evaluará si las condenas que se le impusieron a **MEGABÚS S.A.** en primera instancia se encuentran bajo el amparo de la póliza de seguros contratada con la aseguradora **LIBERTY SEGUROS S.A.**, y, finalmente, se evaluará si la sociedad **SI 99 S.A.** debe responder solidariamente por las condenas impuesta a **MEGABÚS S.A.**

**I – ANTECEDENTES**

El promotor del litigio persigue el pago de las prestaciones sociales, salarios, indemnizaciones y aportes a seguridad social adeudados por PROMASIVO S.A., para lo cual pretende, entre otras cosas, que se declare que su contrato de trabajo con dicha empresa finalizó por causas atribuibles a ella, y que la codemandada, MEGABÚS S.A., en calidad de beneficiaria del obra contratada, debe responder solidariamente por la eventual condena.

Aduce para el efecto, básicamente, que trabajó para la empresa PROMASIVO S.A. del 5 de marzo de 2012 al 27 de marzo de 2015, desempeñándose como conductor de bus alimentador, que su empleadora fungió durante tal lapso como concesionaria del Sistema de Transporte Masivo del Área Metropolitana Centro OccidentE, a cargo de MEGABUS S.A., en desarrollo del contrato de concesión No. 001, en virtud del cual esta última se reservó el derecho a impartir órdenes e instrucciones al personal de PROMASIVO S.A, según cláusula 10.3 de ese contrato.

Agrega que a lo largo de la relación laboral hubo más de siete (7) paros motivados por el incumplimiento de las obligaciones laborales de la empresa, que su salario promedio ascendía a la suma mensual de $1.154.419,41, y que decidió renunciar mediante carta enviada a su empleadora el 27 de marzo de 2015 en la que describió las conductas que configuran incumplimiento del contrato, tales como incumplimiento y retardo del pago de nómina, retardo injustificado en el pago de salud, pensiones y cesantías, omisión en la entrega de dotación, mal estado de los vehículos dispuestos para la operación, incumplimiento reiterado de los acuerdos pactados en la convención colectiva.

Indica, finalmente, que la empresa demandada no lo liquidó al final de la relación laboral, y le quedó adeudando $200.000 del último salario, lo mismo que las cesantías de los años 2013 y 2014 (cuyo importe no fue consignado a alguno de los fondos dispuestos para tal efecto), las vacaciones de los últimos dos años, la indemnización por despido indirecto y los aportes pensionales adeudados.

En respuesta a la demanda, la codemandada, **PROMASIVO S.A.**, manifestó que la empresa ha tenido dificultades económicas que la han llevado a la liquidación, en razón de lo cual no ha cancelado la liquidación al demandante. Precisó, sin embargo, que no obra ningún tipo de reclamación en la hoja de vida, de la que se desprenda que el trabajador hizo alguna reclamación que PROMASIVO S.A. le haya negado, y en lo que respecta a los aportes pensionales, advierte que el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al que se encuentra afiliado el trabajador, se hizo parte como acreedor ante la liquidación de créditos que se adelanta por la superintendencia de sociedades, persiguiendo el pago de tales estipendios a nombre del demandante. Seguidamente se opuso a las pretensiones, argumentando que no actuó de mala fe, y propuso como excepciones de mérito las denominadas “prescripción”, “inexistencia parcial de las obligaciones demandadas”, “cobro de lo no debido”, “la genérica” (Fl. 108).

La sociedad **MEGABUS S.A.**, por su parte, señaló que no se configura en este caso la solidaridad pretendida por el actor, pues PROMASIVO S.A., en su condición de contratista independiente de MEGABUS S.A., ejerció con autonomía e independencia la facultad de contratación de su personal así como el control de su gestión, dada la connotación de la contratación pública regida por la Ley 80 de 1993. (Fl. 117). Asimismo propuso las excepciones de “prescripción e improcedencia de la declaratoria de solidaridad de MEGABUS S.A. en los términos del artículo 34 del C.S.T.”

En escrito separado, llamó en garantía a las sociedades **SI 99 S.A.** y **LÓPEZ BEDOYA Y ASOCIADOS Y CIA S. en C.**, atendiendo a la cláusula de indemnidad que se firmó con ellas antes de la suscripción del contrato de concesión número 01 de 2004, para materializar la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema integrado de transporte masivo del Área Metropolitana de Centro Occidente, operación troncal y alimentadora del Sistema Megabús a partir de la cuenca Cuba, con PROMASIVO S.A., en virtud de la cual se comprometieron de manera solidaria al cumplimiento del contrato, motivo por el cual toman, junto con PROMASIVO, la denominación de concesionario.

Asimismo, llamó en garantía a **LIBERTY SEGUROS S.A.**, pues el contrato de concesión número 1º fue amparado, entre otros riesgos, para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores contratados por el concesionario, a través de la póliza No. 1937092 del 22 de agosto de 2013, con vigencia desde el 22 de agosto de 2011 hasta el 22 de agosto de 2017.

Notificados del llamamiento, las citadas sociedades procedieron a dar respuesta, así: LIBERTY SEGUROS S.A., propuso contra la demanda las excepciones denominadas “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”, “improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “inexistencia de la obligación de indemnizar” y “prescripción”. Y frente al llamamiento, propuso las excepciones de “inasegurabilidad de la culpa grave y los actos meramente potestativos”, “riesgos no amparados”, “ausencia de dolo”, “limite asegurado”, “no constitución en mora por parte del beneficiario”, “oposición a los medios de prueba emanados de terceros” y “prescripción”.

Por su parte, **LÓPEZ BEDOYA Y ASOCIADOS Y CIA S. en C.**, se opuso a su vinculación como deudor solidario, pues, a su modo de ver, el querer de la sociedad MEGABUS S.A. era tener como su obligado único a PROMASIVO S.A., y ello se desprende precisamente de las garantías constituidas, donde por ningún lado figura el nombre de los supuestos solidarios, ya que en dichas pólizas el afianzado es PROMASIVO S.A. Además, la sociedad no es parte concedente ni concesionaria bajo el contrato de concesión No. 001 de 2004, es una persona jurídica independiente del concesionario, Indica, en relación a los hechos de la demanda, que la sociedad no tuvo absolutamente nada que ver con la contratación del accionante para prestar los servicios a PROMASIVO S.A., por tanto se atiene a lo que resulte debidamente probado, y propone como excepciones las denominadas “ausencia de solidaridad entre la sociedad López y asociados” y “prescripción”.

Finalmente, **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.**, indicó que nunca suscribió el contrato de asociación al que se hace referencia, pues aun cuando no se desconoce que la sociedad sí figuró como accionista de la empresa PROMASIVO S.A., esto fue solo con el objetivo único y exclusivo de presentar pliego de condiciones para participar en la licitación que se abrió para asumir la titularidad del sistema integrado de transporte masivo de la ciudad de Pereira y cumplir así con los requisitos económicos exigidos y poder obtener la concesión de esta licitación en donde participó MEGABUS S.A., no con la finalidad de responder solidariamente por las obligaciones que adquiere este con terceros indeterminados, como equívocamente lo asume MEGABUS S.A., de modo que no se cumplen los requisitos para declararla solidariamente responsable a la luz del artículo 34 del C.S.T., pues con ella no se suscribió el contrato de concesión sino con PROMASIVO. Propuso como excepciones las denominadas “falta de legitimación por pasiva de mí representada, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe y prescripción.

Frente a la demanda, manifestó que no le consta ninguno de los hechos allí expuestos, por cuanto hacen referencia a terceros que son completamente ajenos y autónomos a la sociedad, por lo que se remiten a lo que se pruebe en el proceso. No se opone ni acepta las pretensiones, pues no están dirigidas a ella, y propone las excepciones de “inexistencia de vínculo contractual de cualquier naturaleza entre el demandante y la sociedad”, “falta de legitimación por pasiva”, “cobro de lo no debido por inexistencia de obligación”, “inexistencia de la solidaridad”, “cobro de lo no debido por ausencia de causa”, “buena fe” y “prescripción”.

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La *a-quo* declaró que entre **ALEXANDER LONDOÑO MARÍN** y **PROMASIVO S.A.** **– HOY LIQUIDADA-** existió contrato de trabajo a término indefinido, que se ejecutó entre el 5 de marzo de 2012 y el 27 de marzo de 2015, y que finalizó de manera unilateral por el trabajador por causa imputable al empleador. Además, declaró que las codemandadas **MEGABUS S.A.**, **SI 99 S.A.** y **LÓPEZ BEDOYA Y ASOCIADOS & CIA**, son solidariamente responsables de las condenas que se impongan en virtud de este proceso a **PROMASIVO S.A.**

Consecuencia de las anteriores declaraciones, condenó a **PROMASIVO S.A.** y solidariamente a las demás codemandadas a cancelar al demandante la suma de **$2.414.447** por concepto de indemnización por despido indirecto, lo mismo que al pago de los aportes a seguridad social que se adeudan al demandante, liquidados con base en los IBC variables enumerados en el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, condenó a la llamada en garantía, **LIBERTY SEGUROS S.A**., a responder por las condenas impuesta a MEGABUS S.A. por lo valores que deba pagarle al demandante y hasta el monto amparado en la póliza No. 1937029, vigente entre el 22 de agosto de 2011 y el 22 de agosto de 2018, siempre y cuando su valor no se haya agotado con reclamaciones anteriores.

Para arribar a las anteriores conclusiones, indicó, básicamente, que los comprobantes de nómina aportados al proceso por PROMASIVO S.A., y que obran válidamente en medio magnético, ponen de relieve que al actor solamente se le adeuda lo correspondiente a la indemnización por despido indirecto y los aportes pensionales relacionados en la demanda, toda vez que el empleador logró acreditar documentalmente que en la nómina del mes de marzo de 2015 se había puesto al día del pago de las cesantías y salarios que le debía hasta esa fecha al trabajador.

Corolario de lo anterior, ordenó el pago de lo adeudado y absolvió de las demás pretensiones económicas de la demanda, al considerar que los emolumentos adeudados no dan lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., y aunque hubo demoras en la consignación de las cesantías por parte de la empleadora, es evidente que esta actuó de buena fe al pagarle directamente lo adeudado al actor al momento de su despido, concluyendo, con apoyo en una sentencia de este Tribunal, dictada el 27 de enero de 2016 (Rad. 2014-0257), que el pago directo de las cesantías al trabajador exonera de la mala fe al empleador.

Declaró, finalmente, que MEGABUS S.A. es solidariamente responsable frente a las condenas impuestas a PROMASIVO S.A., en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del C.S.T., así como lo son también las llamadas en garantía **SI 99 S.A.** y **LÓPEZ BEDOYA Y ASOCIADOS & CIA** frente a MEGABUS S.A. al haberse obligado voluntariamente en el contrato de concesión No. 01 de 2004. Asimismo, condenó a LIBERTY SEGUROS S.A. a responder por los valores que cancele MEGABUS por las condenas que le fueron impuestas de manera solidaria, hasta el monto de lo amparado en la póliza de cumplimiento No. 1937092, siempre y cuando el valor asegurado no se haya agotado, y condenó en costas procesales a PROMASIVO S.A. y MEGABUS S.A. a favor del demandante en un 70%, así como a las llamadas en garantía en un 100% a favor de MEGABUS.

**III - RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión, interponen recurso de apelación los apoderados judiciales del demandante y de las llamadas en garantía, **LIBERTY SEGUROS S.A.** y **SI-99 S.A.** La parte actora manifiesta que no está de acuerdo con la sentencia de primera instancia, pues la jueza le dio valor probatorio a documentos que no lo tienen, ya que los cuadros de nómina aportados en medio magnético por PROMASIVO S.A., como puede verse, no tienen firma de recibido por el trabajador. Dichos cuadros, aportados en este y en diversos procesos, se ha de tomar como un documento meramente informativo de cuál era el valor de las prestaciones que debía pagar la empresa demandada a sus trabajadores, pero no como la prueba del pago de lo adeudado, manifiesta el apelante.

Por su parte, **SI-99 S.A.**, señala que la celebración de los otrosíes suscritos con posterioridad al año 2004 entre MEGABUS y PROMASIVO, no lo vinculan directamente, pues no los suscribió, de modo que operó en este caso una novación como eximente de responsabilidad, en virtud de la cual se entiende extinta la obligación inicialmente pactada mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla. Finalmente, la aseguradora **LIBERTY SEGUROS S.A.**, señala, frente a la solidaridad, que se debe tener en cuenta la mala fe de las conductas desplegadas por el tomador de la póliza y asegurado en el no pago de las prestaciones al trabajador, lo cual no es asegurable, según las voces del artículo 1055 del C.C., según el cual “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador y asegurado”, se encuentran por fuera de la cobertura de cualquier seguro, tal como lo dispuso el legislador en dicha norma. Asimismo, frente a la condena desfavorable, señala que le “inquieta” que en la sentencia no se haya tenido en cuenta que para este caso en concreto se vislumbra una ausencia de cobertura de emolumentos que no constituyen salarios e indemnizaciones laborales, habida cuenta que se tendrían que revisar minuciosamente los emolumentos pretendidos y la cobertura de la póliza, ya que los aportes pensionales no constituyen salario y tampoco la indemnización por despido injusto.

**IV – CONSIDERACIONES**

**4.1. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS EMANADOS DE LAS PARTES**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 244 del C.G.P., es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya su contenido, y se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según sea el caso.

En la misma obra procesal, se indica que los documentos privados tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes lo suscribieron o crearon y sus causahabientes como respecto de terceros, y se previene que los *“asientos, registros y papeles domésticos” hacen fe contra el que los ha elaborado, escrito o firmado*” (Arts. 260 y 263 ídem).

No sobra anotar, que a la persona a quien se le atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la oportunidad señalada en el artículo 269 del C.G.P., y en la misma oportunidad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 272 de la misma obra, la parte a quien se atribuya un documento no firmado ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento, regla que también aplica a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros.

Conviene aclarar, frente a este último punto, que se entiende por “tercero” a cualquier persona ajena a los extremos procesales, y sus documentos, en todo aquello que guarde relación con el objeto del debate procesal, recibirán el mismo tratamiento de una prueba testimonial.

 De lo expuesto hasta este punto se concluye: **1)** tratándose de documentos que emanen de las partes, su mérito probatorio estará condicionado, en todos los casos, a su autenticidad, puesto que mal podría generar convencimiento al juez un documento del que no se sabe con certeza quién es su autor y quiénes sus suscribientes **2)** dicho instrumento, si no estuviere suscrito o firmado por la contraparte, solo puede hacer fe contra el que lo ha elaborado, escrito o firmado, pues es claro que en estos casos se debe atender a la regla probatoria según la cual las aseveraciones de las partes únicamente pueden ser valoradas cuando constituyan una confesión, es decir, en aquello que les produzca consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a su contraparte.

**4.2. PAGO DE OBLIGACIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO O CONVENCIÓN**

Es bien sabido que cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, debe apreciarse por el juez de la causa como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto (Art. 225 del C.G.P.), de modo que, ante la ausencia de un documento indicativo del pago de las acreencias laborales reclamadas en la demanda, el indicio grave debe operar en contra de los supuestos deudores, pues la prueba del pago se prefiere por escrito, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.

**4.3. TEORIA DEL RIESGO ASEGURADO**

Con el propósito de pasar a resolver la apelación interpuesta por la aseguradora llamada en garantía por MEGABUS S.A., es del caso empezar por precisar que en el Estatuto Mercantil se define el denominado “riesgo asegurable” como el *“suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”* (Art. 1054 del C.C.)*.*

Se destaca del precepto legal trascrito que su carácter aleatorio o fortuito es el elemento básico del concepto de riesgo asegurable. De ahí que la doctrina haya señalado como condiciones determinantes para su existencia las siguientes: *“****1)*** *que el evento del que depende sea de posible realización;* ***2)*** *que su realización sea incierta****;******3)*** *que su realización sea fortuita (no dependa directamente de la voluntad de la persona que soporta los efectos del evento. Por ejemplo, no es riesgo asegurable el incendio que voluntariamente pueda ser causado por el asegurado, pero sí el provocado por la malquerencia de terceros o con culpa propia del asegurado);* ***4)*** *que el suceso, en caso de realizarse, provoque una necesidad, un daño, un perjuicio[[1]](#footnote-1)”[[2]](#footnote-2)*.

A su turno, el artículo 1055 del mismo código, como bien lo indica el apelante, señala que *“el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador asegurado o beneficiario son inasegurables...”.* Dicha regla se mantuvo vigente para todos los contratos de seguro hasta 1990, pero, con la expedición de la Ley 45 de ese año, que modificó el artículo 1127 del C.Com., se extendió la cobertura del seguro de responsabilidad civil a la culpa grave, lo que ha llevado a la Sala Civil de La Corte Suprema de Justicia a sostener que si no se excluye expresamente la culpa grave, se debe entender que esta se encuentra cubierta en el respectivo seguro de responsabilidad civil[[3]](#footnote-3).

**4.3. PRINCIPIO DE LA NO PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD**

La solidaridad, en términos del artículo 1568 del Código Civil, surge cuando hay pluralidad de acreedores, deudores o de ambos, en una obligación, y cada acreedor puede exigir el cumplimiento del total de la obligación, y cada deudor debe cumplir en su totalidad la prestación debida; solidaridad que no se presume, sino que debe ser expresamente pactada o resultar por disposición legal, según las voces del inciso final de la norma en cita, que reza: *“la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.”*

**4.4. DE LA NOVACIÓN**

En relación a dicho fenómeno contractual, alegado por la apelante SI99 S.A., ha señalado esta Corporación, en un asunto que involucra a las mismas sociedades demandadas, con apoyo en un pronunciamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema (sentencia del 16 de febrero de 2001, radicación No. 14.586, M.P. Luís Gonzalo Toro Correa), que la novación es una forma de extinción de la obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla y que 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 totalmente diferente.

Según se indicó en dicha providencia, 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.), pues en los casos en que no hay cambio de personas, ni de objeto, ni modificaciones sustanciales sobre 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, pueda presumirse la intención de novar las condiciones del contrato”* (ver, también, la sentencia de casación del 4 de junio de 1948, M. P. Diógenes Sepúlveda Mejía)

Así mismo, cabe reseñar lo que al respecto ha señalado la Sala Civil de la Corte, en punto a que en la novación son necesarias tres condiciones: **1)** el *animus novandi (C. C. art. 1693);* **2)** *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 del lugar para el pago, o la ampliación o reducción del plazo, etc. (arts. 1707, 1708 y 1709); finalmente,* **3)** *capacidad de las partes, como es lógico”* (ver sentencia de casación del 24 de marzo de 1943, Gaceta Judicial, Tomo LV, pag. 247).

**4.5. CASO CONCRETO**

 A la luz de las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, examinados los argumentos expuestos por la *a-quo* y el fundamento de la oposición planteada por los apelantes; con apoyo en los medios de convicción que obran válidamente en el proceso, esta Sala concluye:

 **1)** No hay una sola prueba del pago las obligaciones laborales reclamadas por el actor, pues los cuadros de nómina aportados en medio magnético por la sociedad codemandada, PROMASIVO S.A., no exhiben signos de individualidad, atribución o pertenencia de la parte contra la que se oponen. Dicho en otras palabras, estos cuadros de nómina solo hacen prueba en contra de quien los elaboró, ya que no se encuentran firmados por el demandante. Con la firma, como ha enseñado la Corte, *“el que suscribe no sólo aprueba y hace suyo lo que en el escrito se contiene, sino que pone un signo visible y reconocible, el cual demuestra que el escrito parte de él y que está conforme con sus intenciones”.* Cabe advertir, en todo caso, que estos documentos en ningún momento se atribuyeron al trabajador y tampoco emanan de un tercero ajeno a la relación laboral, sino del mismo empleador; de modo que mal podía el demandante desconocerlos (Art. 272 del C.G.P.) y mucho menos tacharlos de falsos (Art. 269 ídem)[[4]](#footnote-4), dado que su alcance probatorio no dependía de la verificación de su autenticidad, sino de la presencia de otros medios de convicción más efectivos al propósito de acreditar el pago. Los documentos producidos por el demandado o sus representantes son insuficientes para acreditar el pago, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación.

**2)** Teniendo en cuenta que la aseguradora **Liberty S.A.** (llamada en garantía por **MEGABÚS S.A.)** pretende ser eximida del pago de la condena económica impuesta en primera instancia a la empresa beneficiaria de la póliza No. 1937092 (Fl. 177), alegando para ello la mala fe del tomador de la misma al no cancelar en debida forma las obligaciones laborales con sus trabajadores; cabe recordar, como primera medida, que la póliza de cumplimiento suscrita a favor de **MEGABÚS S.A.** (Fls. 178 y s.s.), busca ampararlo precisamente de los perjuicios derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato de concesión desarrollado por **PROMASIVO S.A.**, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando quiera que ellos le sean imputables al contratista, independientemente de su causa. Y ello es así no solo porque no se excluyó de la cobertura del seguro de responsabilidad la culpa grave del tomador (o contratista garantizado), sino porque dicho riesgo fue expresamente amparado en el cuerpo del contrato de seguro, puntualmente en su cláusula 1.5., en la que se dispone: *“el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasione como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a que está obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado…”*

 De modo que la efectividad de la garantía en este caso no está supeditada al comportamiento correcto o responsable del contratista garantizado, pues ningún riesgo se estaría amparando si así fuera. Al contrario, el objeto amparado, como bien puede verse en el clausulado de la póliza, es precisamente la indemnidad patrimonial del contratante o beneficiario de la obra contratada. Es decir, en virtud de aquella póliza, MEGABÚS S.A. se cubrió de los riesgos susceptibles de traducirse en deudas de responsabilidad a su cargo por el incumplimiento del tomador.

En cuanto al señalamiento de esta aseguradora, respecto a que tal póliza no cubre lo concerniente a indemnizaciones por despido injusto ni aportes adeudados al sistema general de pensiones, sirvan los anteriores argumentos, principalmente la transcripción de la cláusula antes citada, para concluir, sin dubitación alguna, que ningún emolumento de carácter laboral fue excluido expresamente de la cobertura de la póliza, de suerte que no existe ninguna razón para absolver del pago de la totalidad de la condena a la llamada en garantía.

Cabe agregar, que un caso similar, en el que esta Sala examinó el ámbito de cobertura de la mencionada póliza, se llegó a la misma conclusión a la que se acaba de arribar. Con ponencia del Magistrado Julio César, se explicó lo siguiente: *“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 estos 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 encuentra, como es obvio, el pago de las vacaciones y de los aportes al sistema general de pensiones; como correctamente lo determinó 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.*

**3)** Finalmente, en relación al fundamento de la apelación propuesta por la sociedad **SI 99 S.A.**, frente a la novación de la obligación para efectos de exonerarse del pago solidario de las condenas impuestas a Megabús S.A., la Sala advierte, al verificar el contenido de los otrosíes No. 2, 3 y 4 del contrato de concesión 01 de 2004, suscritos entre las sociedades accionadas –cd folio 263-, que los mismos están encaminados a modificar aspectos accesorios al 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 Megabús, a través de la participación del concesionario en los recursos económicos generados por la prestación del servicio; ya que lo garantizado con esos actos, era brindar un servicio óptimo y seguro a los usuarios, ampliar la garantía o el monto asegurado en favor del concedente; lo que indefectiblemente lleva a concluir que no se presentó una verdadera novación, pues obsérvese que no se presentó la extinción de la obligación que voluntariamente se impuso la sociedad apelante a través del compromiso suscrito y contenido en el Anexo No. 1 – Formatos de Presentación de la Propuesta y Formato de Acreditación de la Capacidad Económica, en favor de Promasivo S.A., y por ello su solidaridad se mantiene incólume en esta instancia, pues a todas luces no operó novación sobre el contrato primigenio, del cual se deriva su responsabilidad.

**4.6. CONCLUSIÓN**

En vista de lo anterior, se adicionará la condena de primera instancia, en el sentido de ordenar el pago de las cesantías de los años 2013 y 2014, la compensación dineraria correspondiente a las vacaciones no disfrutadas por el actor entre el 5 de marzo de 2013 y la misma fecha de 2015, la suma de $200.000 pesos del último salario y los intereses sobre las cesantías del año 2014, tal como lo reclama el actor en la demanda y en la reclamación administrativa agotada ante MEGABUS S.A. (Fl. 39).

En ese orden de ideas, para efectos de la cuantificación de los conceptos adeudados, se tomará como valores de referencia los relacionados en los desprendibles de nómina aportados por PROMASIVO S.A., que aunque no representan prueba del pago de las obligaciones que contienen, como ya se había explicado, tienen valor probatorio en todo aquello que haga fe contra el demandado. Ello así, lo adeudado al actor se discrimina de la siguiente manera:

Por las cesantías del año 2013, con un salario promedio de $1.077.349, la prestación asciende a ese mismo monto por ese año, y por las cesantías del año 2014, teniendo como último salario devengado la suma de $989.696, el cual no tuvo variación en los tres (3) últimos meses de ese año, se condenará al pago de la misma cifra por concepto de cesantías. De modo que la suma de estos valores arroja un total de **$2.067.045** pesos adeudados por concepto de cesantías, y no de $2.648.504, como se reclama en la demanda. Asimismo, se condenará al pago de intereses sobre las cesantías del año 2014, que se calculan en la suma de $118.763 pesos

Teniendo en cuenta que no hay prueba del disfrute de vacaciones entre el 5 de marzo de 2013 y la misma fecha de 2015, se ordenará el pago de la compensación dineraria equivalente a 15 días de salario por cada año completo laborado, lo que equivale en este caso a la suma de $1.033.522. Para la revisión de las liquidaciones por las partes, se pondrá en conocimiento de estas un cuadro que contiene la relación de salarios devengados por el actor entre enero de 2013 y marzo de 2015, lo cuales se extraen, como se indicó en precedencia, de los cuadros de nómina aportados por PROMASIVO.

Finalmente, en cuanto a las indemnizaciones moratorias reclamadas, puntualmente las consagradas en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990 (numeral 3), consistente, la primera, en que si al término de la relación laboral el patrono no cancela a su trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudadas, debe pagar un día de salario por cada día de retardo, y la segunda, correspondiente a la sanción moratoria por la falta de consignación oportuna de las cesantías; cabe recordar que la Sala Laboral de la C.S.J. ha señalado en innumerables pronunciamientos, que no hay lugar a la sanción cuando el empleador acredita razones atendibles y seriamente justificadas que lo pongan en el terreno de la buena fe[[5]](#footnote-5), pues según el alto tribunal, **la condena a esta indemnización no puede ser automática, ya que su naturaleza sancionatoria exige que esté precedida de un examen de la conducta del empleador**,para determinar si este actuó de buena o malafe al momento del sustraerse del pago de sus obligaciones labores.

Pues bien, frente análisis de la conducta del empleador, de entrada se advierte que ninguna de las pruebas adosadas al proceso conlleva al conocimiento de las causas puntuales que llevaron a la quiebra de la empresa demandada. Los actos administrativos que obran como archivo digital en el CD aportado como prueba por PROMASIVO (Fl. 113), solo dan cuenta de los siguientes hechos: **1)** La sociedad PROMASIVO S.A. fue sometida al control de la Superintendencia de Puestos y Transporte, mediante Resolución No. 5730 del 25 de julio de 2012, por el incumplimiento sistemático en el pago de nómina y seguridad social a los conductores y el mal estado de los buses troncales y alimentadores (Fl. 58); **2)** posteriormente, dada la continuidad de los malos manejos administrativos de la empresa, mediante Resolución 011426 del 25/07/2014 (de la Superintendencia de Transporte), los miembros de la junta directiva y la representante legal de la sociedad fueron removidos de sus cargos e inhabilitados para el ejercicio del comercio por un término de 6 meses, y mediante Resolución 015360 del 6 de octubre de 2014; la misma autoridad designó gerente de la compañía a la Dra. ADRIANA BETANCOURT ORTIZ.

Pues bien, de dichos documentos se concluye que la empresa venía en declive desde mediados del año 2012, sin que quede claro cuál fue la causa efectiva de la crisis económica que derivó en la intervención de la empresa por la Superintendencia de Puertos y Transporte y su posterior liquidación. Para demostrar su buena fe, el empleador tenía la carga acreditar que la insolvencia de la empresa obedecía a un caso fortuito o de fuerza mayor[[6]](#footnote-6).

Convine aclarar que en este asunto no se trata de que la empresa demandada haya estimado que no adeudaba los derechos que le son reclamados por el actor, pues lo que alega es que no pudo pagar oportunamente por razones de índole económico, pero de ningún modo la quiebra del empresario o sus problemas de liquidez puede afectar la existencia de los derechos laborales de sus trabajadores, pues estos no están llamados a asumir los riesgos o pérdidas del patrono, conforme se establece en el artículo 28 del C.S.T; fuera de lo cual, como se señala en el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás[[7]](#footnote-7).

Pese a lo anterior, también ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia SL-2833 del 1º de marzo de 2017, que *“no puede predicarse mala fe frente al incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales de las empresas que se encuentran en estado de liquidación (obligatoria o forzada)”*, de modo que dicha indemnización se limitará hasta el 11 de diciembre de 2015, fecha a partir de la cual se inscribió ante la Cámara de Comercio la apertura del proceso de liquidación judicial de los bienes y haberes de la sociedad PROMASIVO S.A., conforme se puede observar en el certificado de existencia y representación judicial de la empresa, tal como ya lo ha determinado esta Sala en otros asuntos en los que he sido ponente, como el radicado bajo número 2015-00256, sentencia del 20/10/2017.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no hay prueba alguna de la consignación de las cesantías de los años 2013 y 2014, las cuales debieron consignarse a más tardar el 14 de febrero de 2014, la primera de ellas, como atrás se indicó, se condenará al pago de la sanción moratoria por la falta de consignación de tal prestación, la cual asciende, con arreglo a lo previsto en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a un día de salario por cada día de retardo en su pago, desde el 15 de febrero de 2014 y hasta la finalización del vínculo laboral, que como se recordará ocurrió el 27 de marzo de 2015 (417 días), lo cual asciende a la suma de $13.756.413.

Con respecto a la indemnización moratoria por la falta de salarios y prestaciones sociales, a partir del 28 de marzo de 2015 (fecha de terminación del contrato de trabajo) y hasta el 11 de diciembre de 2018 (fecha del inicio del proceso de liquidación de PROMASIVO S.A.) (253 días en total), las demandadas pagarán un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales adeudadas, como se explicó precedentemente, lo cual asciende a la suma $8.346.217. Así las cosas, como suma global por las indemnizaciones moratorias previstas en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, se adeuda un total **$22.102.630** (la suma de ambas indemnizaciones), a razón de $32.989 pesos diarios, correspondiente a un salario de $989.696.

Corolario de todo lo anterior, se adicionará el numeral tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de condenar igualmente al pago de las sumas antes relacionadas, y se condenará en costas procesales de segunda instancia a las llamadas en garantía SI-99 S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A. a favor de MEGABÚS S.A. Liquídense en el juzgado de origen.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL No. 1**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **TERCERO** del fallo de primera instancia, con la siguiente condena: **CONDENAR** igualmente al pago de la suma de **DOSCIENTOS MIL PESOS ($200.000)** por concepto del salario del mes de marzo de 2014, **DOS MILLONES SESENTA Y SIETE MIL CUARENTA Y CINCO PESOS ($2.067.045)** por concepto de las cesantías de los años 2013 y 2014, **CIENTO DIECIOCHO MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS ($118.763)** por concepto de los intereses a las cesantías del año 2014, **UN MILLÓN TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTIDOS PESOS ($1.033.522)** por concepto de vacaciones y **VEINTIDOS MILLONES CIENTO TRES MIL DOSCIENTOS SEIS PESOS** (**$22.103.206)** por concepto de las indemnizaciones moratorias previstas en el artículo 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, todas estas sumas a favor del demandante.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás el fallo de la referencia

**TERCERO: CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia a las llamadas en garantía SI-99 S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A. y a favor de MEGABÚS S.A. Liquídense en el juzgado de origen.

Notificación surtida en estrados. Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado (en uso de permiso)

**SALARIOS EXTRAÍDOS DE CUADROS DE NÓMINA APORTADOS POR PROMASIVO**

 **SALARIOS 2013 SALARIOS 2014**

|  |  |
| --- | --- |
| **MES** | **SALARIO** |
| ENERO | 1.062.625 |
| FEBRERO | 1.185.043 |
| MARZO | 1.045.581 |
| ABRIL | 1.224.735 |
| MAYO | 1.028.483 |
| JUNIO | 1.120.317 |
| JULIO | 556.524 |
| AGOSTO | 1.061.680 |
| SEPTIEMBRE | 1.223.008 |
| OCTUBRE | 1.137.102 |
| NOVIEMBRE | 1.165.783 |
| DICIEMBRE | 1.117.307 |

|  |  |
| --- | --- |
| **MES** | **SALARIO** |
| ENERO | 1.144.458 |
| FEBRERO | 1.227.840 |
| MARZO | 1.224.252 |
| ABRIL | 1.163.537 |
| MAYO | 1.109.103 |
| JUNIO | 1.337.468 |
| JULIO | 1.156.992 |
| AGOSTO | 1.129.776 |
| SEPTIEMBRE | 1.049.360 |
| OCTUBRE | 989.696 |
| NOVIEMBRE | 989.696 |
| DICIEMBRE | 989.696 |

**SALARIOS 2015**

|  |  |
| --- | --- |
| ENERO | 1.133.016 |
| FEBRERO | 989.696 |
| MARZO | 0 |

1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Garrigues Joaquín, citado por López Blanco Hernán Fabio, Contrato de Seguro, Dupre Editores, 3ª, 1999, página 66. [↑](#footnote-ref-2)
3. En sentencia de 5 de julio de 2012, se pronunció al respecto y sostuvo: «...en otros términos, luego de la modificación introducida, es claro que en el “seguro de responsabilidad” los riesgos derivados de la “culpa grave” son asegurables, y, por ende, su exclusión debe ser expresa en virtud a la libertad contractual del tomador, ya que de guardarse silencio se entiende cubierto.» (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 5 de julio de 2012. Exp. 0500131030082005-00425-01. M.P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez) [↑](#footnote-ref-3)
4. Al margen conviene anotar que la carga de tachar de falso o desconocer el documento tiene su fundamento en la posibilidad cierta que tiene la contraparte de refutar la afirmación que hace quien presenta el documento, en el sentido de que está firmado o manuscrito por ella o por un tercero. [↑](#footnote-ref-4)
5. A propósito del concepto de buena fe, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado desde el año 1958, que corresponde a un comportamiento humano que “equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud", como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958” (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223). [↑](#footnote-ref-5)
6. El hecho de la quiebra del empresario, como se ha indicado en numerosos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no lo exonera automáticamente del pago de las indemnizaciones por el incumplimiento de sus obligaciones de índole laboral, ya que ese solo hecho no es necesariamente demostrativo de su buena fe. [↑](#footnote-ref-6)
7. Así lo ha precisado la S.L. de la C.S.J., en los siguientes términos: “si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis.  Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral” (C.N art 333) (sentencia No. 34288 de enero 24 de 2012).  [↑](#footnote-ref-7)