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.

Asunto Consulta

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro. : 66001-31-05-005-2016-00283-01

Demandante: Hugo Castrillón Parra

Demandado: Promasivo S.A. – Megabus

Llamada en garantía: Compañía Liberty Seguros S.A.

Compañía S.I. 99 S.A.

Sociedad López Bedoya y Asociados y Cía. en C.

Juzgado de Origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: INDEMNIZACIÒN MORATORIA / EN CASOS DE EMPRESAS INTERVENIDAS / RESPONSABILIDAD DE LA LLAMADA EN GARANTÍA / ESTÁ DETERMINADA POR LAS CLÁUSULAS PACTADAS EN EL CONTRATO DE SEGURO / NOVACIÓN / CONSISTE EN CAMBIAR UNA OBLIGACIÓN POR OTRA DIFERENTE / POR ENDE, NO LA CONFIGURAN REFORMAS TENDIENTES A FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.**

En lo atinente a estas indemnizaciones, ha de decirse que… las mismas se causan cuando el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, como es la del artículo 65 del CST; y cuando el empleador omite la consignación de las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo de cesantías del trabajador, de conformidad con la Ley 50/90.

Sin embargo, para que opere dichas sanciones resulta imperativo que el actuar del empleador no haya podido acreditar motivos serios y atendibles para no pagar o consignar, respectivamente; por ello su aplicación no es automática, como lo ha dicho reiteradamente el órgano de cierre de esta especialidad…

En relación con la crisis económica de una empresa, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que no excluye en principio la indemnización moratoria por cuanto en modo alguno los trabajadores deben asumir los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo establece el artículo 28 del CST…

No obstante, este Tribunal a través de la Sala de Decisión N° 3 y en aplicación de sentencia de la CSJ en su SCL que ha sido reiterada en sede de tutela por esa Corporación, indicó en caso similar al presente que cuando los directivos de la empresa no pueden disponer libremente de los recursos de la misma, porque de ello se encarga un agente estatal, no es posible extender los efectos de la sanción moratoria más allá de la fecha en que haya tomado posesión la interventora. (…)

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de la sociedad llamada en garantía frente al pago de la indemnización moratoria, ha de decirse que los contratos de seguro se rigen por las cláusulas que las mismas partes pacten, en las que se definan el riesgo asegurable, las exclusiones y demás aspectos propios de este tipo de contratos. (…)

para que exista novación de una obligación, debe existir la intención inequívoca de las partes de cambiar sustancialmente la causa u objeto de la obligación, de tal manera que cualquier variación que no afecte la esencia del contrato no puede ser considerada como una novación; a lo sumo puede constituir una nueva obligación sin que se extinga la primera, de ahí que pueden coexistir, evento en el cual la primera continua produciendo efectos en tanto no se oponga a la nueva (artículo 1693 Código Civil). (…)

SI 99 S.A. no discute que su obligación se derive de lo pactado en la cláusula 122 del contrato de concesión 01/2004; sin embargo, lo que considera es que la misma dejó de estar a su cargo al existir novación del referido contrato en virtud de los otrosí que suscribieron…

Según lo visto, esos otrosí modifican el contrato de concesión N° 001/2004, pero no trasforman los elementos esenciales del objeto que allí se especificó en la cláusula segunda, es más, guardan estrecha relación con las precisiones efectuadas acerca de las obligaciones que debía cumplir el concesionario para poder desarrollar el objeto contractual aludido, de tal manera que de ninguna manera pueden considerarse como una novación de las obligaciones iniciales, pues en realidad, se itera, se trata de reformas tendientes a facilitar el cumplimiento del objeto contractual.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación frente a la sentencia proferida el 21 de agosto de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Hugo Castrillón Parra** contra **Promasivo S.A., Megabús S.A.** y al que fueran llamados en garantía la **Compañía S.I. 99 S.A., Sociedad López Bedoya y Asociados** y la **Compañía Liberty** **Seguros S.A.,** radicado 66001-31-05-005-2016-00283-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandadas, llamadas en garantía y sus apoderados:

**TRASLADO A LAS PARTES**

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

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende el demandante, que se declare que entre él en calidad de trabajador y Promasivo S.A. en calidad de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido –sic- entre el 20/10/2006 y el 25/09/2014, cuando terminó por despido indirecto; donde Megabus S.A. ESP es solidariamente responsable del pago las cesantías del año 2013, indemnización moratoria por falta de consignación de cesantías, indemnización por despido injusto, aporte a pensión de los ciclos de abril a octubre y diciembre de 2013 y reajuste de la cotización efectuada de noviembre de 2013 a septiembre de 2014, y la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) a partir del 20/10/2006 y en cumplimiento de un contrato de trabajo a término indefinido prestó sus servicios personales como operador de bus alimentador a Promasivo S.A., concesionario del sistema de transporte masivo de pasajeros cuya titularidad la ostenta Megabus S.A. que incurrió en mora en los últimos tres años en el pago de acreencias laborales, lo que motivó su renuncia; (ii) dichas sociedades suscribieron el contrato de concesión 001/2004, de ahí que Megabus sea el beneficiario de las labores desarrolladas por el actor.

**Promasivo S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, salvo las relacionadas con la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo y el pago de los aportes a la seguridad social no realizados**.** Propuso excepciones de fondo.

**Megabus S.A.** sostiene que no tiene responsabilidad en este asunto por lo términos de la cláusula de indemnidad que se pactó con el concesionario Promasivo S.A., SI 99 y López Bedoya y Asociados Cía S. en C., de tal manera que de todas las condenas debe responder exclusivamente el empleador. Propuso la excepción de “Prescripción”.

Llamó en garantía a la Compañía Liberty Seguros S.A., SI 99 y López Bedoya y Asociados Cía S. en C.

**Liberty Seguros S.A.** manifestó que no le constaban los hechos de la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma. En su defensa indicó que su eventual responsabilidad se deriva del contrato de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales y entre estas y el actor no existió vinculación directa de carácter laboral. Interpuso excepciones de fondo.

En cuanto al llamamiento indicó atenerse a lo probado en el proceso y excepcionó “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”.

**López Bedoya y Asociados Cía S. en C.** se opuso a los pedimentos de la demanda y del llamamiento en garantía porque considera que la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S.T. no tiene asidero jurídico porque su objeto social no guarda relación con el de Megabus S.A. Propuso como excepciones las de “Ausencia de solidaridad entre la sociedad López bedoya y Asociados & Cía S. en C”, “Prescripción”, “Inexistencia de las obligaciones demandadas” frente a la demanda inicial y el llamamiento en garantía.

Por último, el **Sistema Integrado de Transporte S.I. 99** manifestó no constarle los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones en ella contenida que pretendan hacer recaer en ella algún tipo de responsabilidad. Como razones de defensa refirió que no es posible declarar la solidaridad porque a través del contrato de concesión no se obligó frente a aspectos propios de una relación laboral entre terceros, máxime cuando esta tampoco está acreditada.

Presentó las excepciones previas de “Inepta demanda por no cumplimiento de requisitos establecidos en el artículo 64 del Código General del Proceso” y “Falta de jurisdicción por tratarse de un conflicto netamente contractual y sin relación directa o indirecta con la relación laboral que motiva la demanda”; que fueron despachadas negativamente, decisión que fue confirmada en esta sede en audiencia del 19/01/2018 –fl. 354-

Y como de fondo, las de “Falta de legitimación por pasiva de mi representada”, “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”

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró que entre el demandante y Promasivo S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido ejecutado entre el 20/10/2006 al 25/09/2014, donde Megabus S.A. es solidariamente responsable de las condenas impuestas a la primera.

En consecuencia, las condenó al pago de salarios, prestaciones sociales, indemnización por despido injusto, vacaciones, moratoria del artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50/90, aportes a salud y reajuste de los mismos.

Así mismo, condenó a las llamadas en garantía López Bedoya y Asociados Cía. S. en C. y Sistema Integrado de Transporte S.I. 99 S.A., a responder solidariamente por las condenas impuestas a Megabus y a Liberty Seguros S.A. en virtud de la póliza 1937092 a reembolsar a Megabus S.A. lo que deba pagar como solidaria de Promasivo S.A.

Para arribar a la anterior decisión manifestó que frente a la existencia de la contratación laboral, su modalidad indefinida y sus extremos no había discusión por haberlo admitido de esa manera Promasivo S.A. en la contestación de la demanda.

A tono con ello, reconoció los siguientes conceptos:

Las vacaciones generadas en el año 2014, debidamente indexadas; la prima de servicios por el segundo semestre de 2014; las cesantías proporcionales de los años 2013 y 2014; los intereses de estas por el último año; los aportes a la seguridad social de abril a octubre y diciembre de 2013 y de julio a septiembre de 2014 y la diferencia entre la cotización realizada y la que debió efectuarse por los meses de noviembre de 2013 y enero a julio de 2014.

Ante la falta de consignación de las cesantías y de las prestaciones sociales indicó que Promasivo S.A. no logró acreditar que existieron razones atendibles para no hacerlo, por lo que liquidó la primera desde el 15/02/2014 hasta el 25/09/2014 y, la segunda a partir del finiquito de la relación laboral, que lo fue el 25/09/2014 y hasta el 26/11/2015 que fue la apertura del proceso de liquidación judicial de esa sociedad –sic-.

Frente a la indemnización por despido injusto, el mismo se presentó de manera indirecta ante la falta de pago de las anteriores acreencias, por lo que al estar vinculado el actor por medio de contrato de trabajo a término indefinido, la liquidó a razón de $6´091.459.

Declaró la solidaridad de Megabus S.A. al verificar que el objeto social de esta y la labor desplegada por Promasivo S.A. no le es extraña a la actividad normal de la primera en los términos del artículo 34 del C.S.T.

Así mismo, al haber adquirido Promasivo S.A. en su condición de contratista de Megabus S.A. la póliza número 1937092 con Liberty Seguros S.A., debe reembolsar esta última al asegurado el pago que llegare a hacer para cubrir salarios, prestaciones e indemnizatorios de naturaleza laboral que no fueron excluidos en la póliza que se encontraba vigente.

De otro lado, en relación con las sociedades López Bedoya y Asociados & Cía. S. en C. y S.I. 99 S.A. como fueron accionista de la sociedad Promasivo S.A., y suscribieron el contrato de concesión 001 de 2004, de manera voluntaria se comprometieron frente a todas las obligaciones contraídas a través de él.

Y dijo que respecto a S.I. 99 S.A. no existe novación de la obligación por el hecho de haberse suscrito 5 otro sí al contrato de concesión sin su participación, pues las adiciones o modificaciones que se introdujeron no alteraron el contenido del artículo 122 del contrato de concesión.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con la anterior decisión las demandas y llamadas en garantía las recurrieron así:

**Sociedad López Bedoya y Asociados y Cía S. en C.** solicita que se revoque la condena emitida por concepto de las indemnizaciones previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50/90; porque si bien se ha dicho que no proceden de manera automática, en múltiples ocasiones y como pasa en este asunto, se ha determinado que Promasivo obró de mala fe pero se omitió que fue intervenida y luego liquidada.

Y, respecto a la indemnización por despido injusto, dado que en la demanda se expresó que la relación laboral se surtió en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido y así fue aceptado en la contestación que a la misma efectuó Promasivo, la liquidación debe realizarse en los términos del artículo 64 del CST frente a esa modalidad y no la fija.

**Compañía Liberty Seguros S.A.** refiere que la póliza Nº 1937092 no tiene dentro de su cobertura el pago de aportes la seguridad social y las vacaciones, aunado a que la condena por concepto de sanción moratoria tuvo su génesis en la mala fe del empleador y en ese sentido no es asegurable conforme lo señala el artículo 1055 del Código de Comercio. Solicita que se tenga la suma global de la misma, pues esta será el restante de las sentencias impartidas con anterioridad.

**Sistema Integrado de Transporte S.I. 99 S.A.** refiere que hubo una novación de la obligación con la firma de otrosí al contrato de concesión 001 de 2004, en los que no participó; análisis que debe hacerse frente a la esencia del contrato, que es la prestación masiva del servicio de transporte y no solo respecto de la cláusula 122. Solicita que se le exonere de la condena en costas por haber obrado conforme a la ley.

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior la Sala se plantea los siguientes:

(i) ¿Promasivo S.A. demostró la existencia de razones serias y atendibles para exonerarse de las condenas por concepto de indemnizaciones moratorias previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50/90?

(ii) ¿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 Nº 1937092?

(iii) ¿El amparo de la Póliza de cumplimiento antes referida se extiende a las vacaciones y los aportes a la seguridad social?

(iv) ¿Desapareció la obligación de SI 99 S.A. de responder por las acreencias adeudadas al no suscribir los otrosí del contrato de concesión 001/2004?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1. Indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y no consignación de cesantías**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

En lo atinente a estas indemnizaciones, ha de decirse que ya los citados artículos disponen que las mismas se causan cuando el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, como es la del artículo 65 del CST; y cuando el empleador omite la consignación de las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo de cesantías del trabajador, de conformidad con la Ley 50/90.

Sin embargo, para que opere dichas sanciones resulta imperativo que el actuar del empleador no haya podido acreditar motivos serios y atendibles para no pagar o consignar, respectivamente; por ello su aplicación no es automática, como lo ha dicho reiteradamente el órgano de cierre de esta especialidad[[1]](#footnote-1).

En relación con la crisis económica de una empresa, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[2]](#footnote-2), que no excluye en principio la indemnización moratoria por cuanto en modo alguno los trabajadores deben asumir los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo establece el artículo 28 del CST y más aún cuando el artículo 157 *ibídem* señala que 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.

Igual línea se ha sentado en relación con la apertura de los procesos de reactivación empresarial de la Ley 550 de 1990[[3]](#footnote-3), similar a la reorganización empresarial de la Ley 1106 de 2006 en sentencia del 22-02-2017, radicado 45211, la Sala de Casación Laboral; allí se dijo que esa sola circunstancia, refiriéndose al estado de insolvencia económica o iliquidez del empleador, no tiene el potencial suficiente para exonerarlo de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe.

No obstante, este Tribunal a través de la Sala de Decisión N° 3[[4]](#footnote-4) y en aplicación de sentencia de la CSJ en su SCL[[5]](#footnote-5) que ha sido reiterada en sede de tutela por esa Corporación[[6]](#footnote-6), indicó en caso similar al presente que cuando los directivos de la empresa no pueden disponer libremente de los recursos de la misma, porque de ello se encarga un agente estatal, no es posible extender los efectos de la sanción moratoria más allá de la fecha en que haya tomado posesión la interventora. Así se pronunció:

*“… ni el representante legal ni los Directivos de la sociedad Promasivo S.A. hoy Liquidada, tenían el control de la empresa, situación que efectivamente se corroboró con los documentos allegados por la accionada en medio magnético –fl.115-, entre otros, la Resolución No. 11426 de 25 de julio de 2014, mediante la cual la Superintendencia de Puertos y Transportes ordenó remover del cargo al Representante Legal y a los miembros de la Junta Directiva de Promasivo S.A., nombrando, mediante Resolución No. 15986 de 14 de octubre de 2014, de la lista de auxiliares de la Superintendencia de Sociedades, a la Representante Legal y Gerente; mientras que a través de la Resolución No. 4828 de 27 de marzo de 2015 designó de la misma lista, a la Junta Directiva.*

*En efecto, a partir del 14 de octubre de 2014 cuando la interventora tomó posesión de su cargo como Representante legal y Gerente de Promasivo S.A., los Directivos y Accionistas de esa sociedad, perdieron cualquier injerencia en cuanto a los pagos y obligaciones que debían cubrirse en favor de sus trabajadores, quedando a partir de ese momento la situación financiera, administrativa, asistencial y jurídica en manos de la agente interventora”*

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Recuérdese que se encuentra por fuera de controversia la existencia el contrato de trabajo a término indefinido que unió al señor Hugo Castrillón Parra con Promasivo S.A. que se surtió entre el 20/10/2006 y el 25/09/2014.

Asimismo, que a su terminación el empleador omitió efectuar el pago del salario causado entre el 01/08/2014 al 25/09/2014, así como la prima de servicios generada del 01/07/2014 al 25/09/2014, las cesantías del 01/01/2013 al 25/09/2014 y los intereses de estas desde el 01/01/2014 al 25/09/2014, de cuyos montos no se mostró inconformidad, la que presentó frente a la indemnización moratoria del artículo 65, para pedir la sociedad López Bedoya yAsociados y Cía S. en C su exoneración al obrar Promasivo S.A. de buena fe.

Al respecto debe decirse que conforme la Resolución Nº 11426 de 25/07/2014, la Superintendencia de Puertos y Transportes removió del cargo al Representante Legal y a los miembros de la Junta Directiva de Promasivo S.A., acto administrativo que adquirió firmeza el 06/10/2014 cuando la gerente y el presidente de la Junta Directiva “renunciaron” a los recursos de reposición que habían interpuesto en contra del mismo (cedé -fl. 123 vto. c. 1)

Es por eso que mediante la Resolución Nº 15986 del 14/10/2014 la Superintendencia nombró a la nueva gerente, quien se posesionó en esa misma calenda y, mediante Resolución Nº 4828 de 27/03/2015 nombró la nueva Junta Directiva.

A tono con lo anterior, resulta evidente que a partir del 14/10/2014 cuando la gerente de Promasivo S.A. se posesionó, los directivos de esa sociedad, perdieron cualquier injerencia en cuanto a los pagos y obligaciones que debían cubrirse en favor de sus trabajadores, quedando a partir de ese momento la situación financiera, administrativa, asistencial y jurídica en manos de la agente interventora; circunstancia que constituye un motivo serio y atendible para que Promasivo S.A. desatendiera el pago de los salarios y prestaciones sociales, pero se precisa, a partir de ese momento.

Puesto de ese modo las cosas, únicamente hasta el 14/10/2014 Promasivo S.A. contaba con la disponibilidad financiera, administrativa, asistencial y jurídica que le permitieran pagar las acreencias laborales de sus trabajadores, pues ningún otro motivo serio o atendible se acreditó en el expediente con anterioridad a la mencionada data. En ese sentido, hay lugar a condenar a Promasivo S.A. por la no consignación de cesantías.

Frente a la primera es preciso aclarar que la misma corre desde el 15/02/2014 hasta el 25/09/2014 como lo determinó la a-quo, día de terminación del contrato de trabajo, y en todo caso, fecha anterior al 14/10/2014, fecha a partir de la cual tomó posesión la nueva gerente de Promasivo S.A., como se explicó en antecedencia.

Situación diferente comporta la sanción prevista en el artículo 65 del CST, pues la en la primera instancia erradamente se liquidó desde el finiquito del contrato de trabajo -25/09/2014 y hasta el 26/11/2015 –sic-[[7]](#footnote-7) que fue la apertura del proceso de liquidación, cuando en realidad debía limitarse hasta el 14/10/2014.

Por lo que, se modificará la sentencia en ese sentido. La liquidación por este concepto asciende a $686.204[[8]](#footnote-8), por lo que prospera parcialmente la alzada presentada por la sociedad López Bedoya yAsociados y Cía S. en C.

**2.3. De las coberturas del contrato de seguro**

**2.3.1. Fundamento jurídico**

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de la sociedad llamada en garantía frente al pago de la indemnización moratoria, ha de decirse que los contratos de seguro se rigen por las cláusulas que las mismas partes pacten, en las que se definan el riesgo asegurable, las exclusiones y demás aspectos propios de este tipo de contratos.

Ahora en cuanto a la indemnización ha dicho la Sala de Casación Laboral en sentencia SL14651-2014 y SL 6119 de 26 de abril de 2017 radicación No. 50514, reiterando su posición, en que el estudio de las razones que llevan a un empleador a incumplir con sus obligaciones laborales, deben estar dirigidas a verificar si lo hizo por razones atendibles que justifiquen su conducta y la pongan en el terreno de la buena fe, es decir, nunca propone un análisis en el que se deba comprobar la mala fe del empleador.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

A folios 161 y s.s. del cd. 1 obra la “Póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales” N° 1937092 en la que como objeto de la garantía se determinó que era para *“pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales en desarrollo del contrato de concesión N°001 de 2004 de Megabus S.A…”,* vigente desde el 22/08/2011 y el 22/08/2018 y en la que se encuentra como afianzado Promasivo S.A. y como asegurado y/o beneficiario Megabus S.A.

Ahora, en el clausulado de las condiciones generales de la aludida póliza, concretamente en el numeral 1.5. se señala que “*El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional”.*

Como puede verse se incluyó dentro de la cobertura del contrato de seguro toda aquella suma de dinero que Megabus S.A. deba pagar por efectos del incumplimiento de las obligaciones laborales de Promasivo S.A. respecto del personal que vincule en virtud del contrato de concesión referido, por lo que debe entenderse incluido la omisión de pago de cualquier acreencia de carácter laboral, entendiéndose como tal salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social e indemnizaciones.

Siendo así las cosas, la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones –artículo 65 *ibídem*- o por falta de consignación de cesantías, así como las vacaciones y los aportes a la seguridad social, están incluidos dentro de la cobertura de la referida póliza y por lo tanto, debe Liberty Seguros S.A. responder por las sumas que por dichos conceptos se haya condenado a Megabus S.A. como asegurada y beneficiaria de la misma, pero solo hasta el monto asegurado como se consagra en la cláusula cuarta de las condiciones generales –fl. 236 c. 1-.

Sin que se puedan considerar excluidas del contrato de seguros las indemnizaciones moratorias (artículo 65 CST o la de la Ley 50/90) en aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio como lo sugiere la aseguradora al sostener que Promasivo S.A. actuó con culpa grave, pues al interpretar esa normativa conjuntamente con el artículo 1127 *ibídem* y, ante la aparente antinomia que se presenta entre ellas, debe entenderse que el riesgo derivado de la culpa grave es asegurable, salvo que expresamente lo excluyan los contratantes, como lo ha dicho la SCC de la CSJ[[9]](#footnote-9).

Pero en todo caso, dado que tales sanciones tienen su génesis en la ausencia de motivos serios y atendibles acreditados por el empleador para sustraerse del pago de los respectivos emolumentos, que de modo alguno constituyen actuaciones dolosas ni con culpa grave, se colige fácilmente que no pueden acogerse los argumentos expuestos por la llamada en garantía. Amén de que con ello se impondría una carga probatoria al trabajador que no está contemplada en la Ley y menos en la jurisprudencia, como sería que tuviera que probar la mala fe del empleador para hacerse acreedor de estas sanciones.

Por lo visto solo prospera la aclaración del monto del reembolso más no en los demás puntos objeto de apelación de la aseguradora Liberty Seguros S.A.

**2.4. De la novación**

**2.4.1. Fundamento jurídico**

Conforme con el artículo 1687 del Código Civil, la novación es el cambio de una obligación por otra y puede presentarse a través de diversas posibilidades: (i) Sustituyéndose una nueva obligación por otra; (ii) contrayendo el deudor una obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva al primer acreedor y; (iii) sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.

La primera opción constituye una novación objetiva, bien por cambio de la causa u objeto de la obligación y, las últimas, novación subjetiva, dado que se genera el cambio de una de las partes.

Frente a dicha forma de extinción de las obligaciones, ha señalado la CSJ en su SCL[[10]](#footnote-10) que:

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

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

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

Y, la Sala Civil de esa misma Corporación:

*“En la novación son necesarias tres condiciones: animus novandi (C. C. art. 1693); la nueva obligación debe diferenciarse de la antigua en cierta medida, en una cuestión que ataña a la obligación en sí misma considerada, y no a meras modalidades como la simple mutación de lugar para el pago, o la ampliación o reducción del plazo (arts. 1707, 1708 y 1709); finalmente, capacidad de las partes.” (Cas. 24 de marzo de 1943, Gaceta Judicial, Tomo LV, pag. 247))”.*

Por lo visto, para que exista novación de una obligación, debe existir la intención inequívoca de las partes de cambiar sustancialmente la causa u objeto de la obligación, de tal manera que cualquier variación que no afecte la esencia del contrato no puede ser considerada como una novación; a lo sumo puede constituir una nueva obligación sin que se extinga la primera, de ahí que pueden coexistir, evento en el cual la primera continua produciendo efectos en tanto no se oponga a la nueva (artículo 1693 Código Civil).

**2.4.2. Fundamento fáctico:**

SI 99 S.A. no discute que su obligación se derive de lo pactado en la cláusula 122 del contrato de concesión 01/2004; sin embargo, lo que considera es que la misma dejó de estar a su cargo al existir novación del referido contrato en virtud de los otrosí que suscribieron, lo que pasa a analizar la Sala.

El contrato de concesión 001 de 2004, suscrito entre Megabus S.A. y Promasivo S.A., según el contenido de la cláusula 2, tiene por objeto:

*“a) 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. (…) b) La explotación el Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas Alimentadoras que conforman la Cuenca Alimentadora CUBA, a través de la participación del Concesionario en los recursos económicos generados por la prestación del servicio. (…) Se entiende que la exclusividad con respecto de las Rutas Alimentadoras consistirá en que, de conformidad con el Convenio Interadministrativo de Operación, no podrán existir rutas de Servicio Público de Transporte Colectivo que no tengan origen y destino y que no sean atendidos por las Rutas Troncales o Rutas Alimentadoras del Sistema Megabús".*

Dentro de dicha cláusula se prescribe que tales actividades se realizaran sin perjuicio de las obligaciones de ajuste del número de autobuses troncales y alimentadores; así como que el concesionario debe dar cumplimiento al compromiso de pago del patio de troncal, con lo cual Megabus S.A. adquirirá a su propio nombre el terreno donde funcionará el patio troncal.

Dicho contrato, fue objeto de modificaciones a través de la suscripción de cinco otro sí.

De ellos, los distinguidos como 1, 2 y 3, modificaron aspectos relacionados con la ventilación y tipología de los buses alimentadores, el color de la silletería, su distribución, la inclusión de sillas preferenciales, la vinculación de nuevos vehículos automotores, la ampliación y dotación del patio troncal, la adecuación de las áreas de abastecimiento de combustible y mantenimiento, la ubicación del patio alimentador para que fuera contiguo al patio troncal y así centralizar el control de ambos patios y mejorar la operación de los mismos y, la ampliación de la cobertura de aseguramiento para la Fase de Operación Temprana.

Según lo visto, esos otrosí modifican el contrato de concesión N° 001/2004, pero no trasforman los elementos esenciales del objeto que allí se especificó en la cláusula segunda, es más, guardan estrecha relación con las precisiones efectuadas acerca de las obligaciones que debía cumplir el concesionario para poder desarrollar el objeto contractual aludido, de tal manera que de ninguna manera pueden considerarse como una novación de las obligaciones iniciales, pues en realidad, se itera, se trata de reformas tendientes a facilitar el cumplimiento del objeto contractual.

Por su parte, el otrosí N° 5 hace referencia al mantenimiento de la estructura del concesionario, sin introducir cambio en cuanto a sus accionistas, de tal manera que tampoco puede hablarse de una novación de carácter subjetivo, pues se insiste no se trata de cambio de quienes lo integran.

Ahora, frente al otrosí N° 4 que es el más extenso y modifica las clausulas 1, 14, 15, 21, 28, 31, 36, 54, 72, 92 y 132 tampoco se advierte que tengan la trascendencia para variar de manera sustancial la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo, pues dichas clausulas hacen referencia a ajustes necesarios para garantizar un servicio óptimo y seguro a los usuarios e incluso la ampliación de la garantía o aseguramiento en favor del concedente.

Dicho en otros términos, no es posible considerar a partir de dichas modificaciones, que se presentó la extinción de la obligación que voluntariamente se adjudicó la sociedad SI 99 S.A., a través del compromiso suscrito y contenido en el Anexo No. 1 – Formatos de Presentación de la Propuesta (v) Formato de Acreditación de la Capacidad Económica, en favor de Promasivo S.A., y por ello su solidaridad se mantuvo incólume, por lo que fracasa su alzada.

Ahora, frente a su petición de exoneración de las costas procesales, no hay lugar a acceder a ello, por cuanto su imposición se efectuó por ministerio de la Ley (artículo 365 del C.G.P.), al resultar vencido en este trámite, por lo que su aplicación no se puede desconocer.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se modificará el numeral tercero de la sentencia revisada a fin de reducir el valor definido por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST y el sexto para precisar que el pago por el que debe responder Liberty Seguros S.A. es hasta el monto asegurado conforme se señala en la cláusula 4 de las condiciones generales de la póliza de cumplimiento.

Costas en esta instancia a cargo de SI 99 a favor de Megabus S.A. al fracasar su recurso, conforme lo disponen los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, sin lugar a imponerlas a Liberty Seguros S.A. y la sociedad López Bedoya yAsociados y Cía S. en C dada la prosperidad parcial de aquel.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Risaralda, Sala Segunda Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de agosto de 2018, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso ordinario laboral promovido el señor **Hugo Castrillón Parra** contra **Promasivo S.A., Megabús S.A.** y al que fueran llamados en garantía la **Compañía S.I. 99 S.A., Sociedad López Bedoya y Asociados y Cía. S en C.** y la **Compañía Liberty** **Seguros S.A.,** salvo los numerales 3 y 6 que quedan así:

**“*TERCERO:*** *Como consecuencia de la anterior declaración,* ***CONDENAR*** *a* ***PROMASIVO S.A. –****Liquidado-, en calidad de empleadora y, solidariamente a* ***MEGABUS S.A.,*** *a pagar al demandante, las siguientes sumas de dinero:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Salarios | 01-ago-14 | 25-sep-14 | 1.851.838 |
| Prima de servicios | 01-jul-14 | 25-sep-14 | 233.181 |
| Cesantías | 1-Ene-2013 | 25-sep-14 | 1.951.295 |
| Int. Cesantías | 1-Ene-2014 | 25-sep-14 | 73.525 |
| Vacaciones | 01-ene-14 | 25-sep-14 | 329.539 |
| L.50/90 | 15-Feb-2014 | 25-Sept-2014 | 7.756.437 |
| Sanción Art. 65 | 26-Sep-2014 | 14-oct-2014 | 686.204 |
| Indemnización Art. 64 | 20-oct-2006 | 25-agt-2015 | 6.091.459 |

*Se accederá a la indexación del valor reconocido por vacaciones, conforme lo expuesto.*

***SEXTO: CONDENAR*** *a la llamada en garantía* ***LIBERTY SEGUROS S.A.*** *a reembolsar a la llamante MEGABUS S.A. el pago que ésta deba hacer como solidaria de las condenas impuestas a Promasivo S.A. en virtud a la póliza 1937092, hasta el monto asegurado como se consagra en la cláusula cuarta de las condiciones generales de la póliza de cumplimiento”.*

**SEGUNDO: CONDENAR** encostas a SI 99 S.A. a favor de Megabus S.A.. Sin lugar a imponerlas a Liberty Seguros S.A. y la sociedad López Bedoya yAsociados y Cía S. en C, por lo mencionado.

Notificación surtida en estrados.

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

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

1. Sala de Casación Laboral. Sentencias del 01-07-2015. Radicación 44186. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y 18-05-2016. Radicación 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia del 24-01-2012. Radicación 37288. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz. [↑](#footnote-ref-2)
3. El artículo 126 de la Ley 1116 de 2006 estableció que a partir de su promulgación que data 27-12-2006 se prorroga la Ley 550 de 1999 por seis (6) meses y vencido dicho término, se aplicará de forma permanente solo a las entidades territoriales, las descentralizadas del mismo orden y las universidades estatales del orden nacional o territorial de que trata la Ley 922 de 2004. [↑](#footnote-ref-3)
4. 2016-00231 del 20/02/2019, Dte: Jesús María Bedoya Sierra vs Promasivo S.A. y otros [↑](#footnote-ref-4)
5. Sl2833 de 2017, radicado 53.793 [↑](#footnote-ref-5)
6. STL 10018 y STL8678 ambas del 04/07/2018. [↑](#footnote-ref-6)
7. De acuerdo con la documental que obra en el medio magnético visible a folio 82 vto. del cd. 1, corresponde al auto 2015-01-464302 del 16/11/2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. 36.116 (salario diario con el que se liquidó en primera instancia) x 19 días [↑](#footnote-ref-8)
9. M.P. Ariel Salazar Ramírez. SC18594-2016 del 19/12/201 [↑](#footnote-ref-9)
10. 16 de febrero de 2001, Radicación 14.586, M.P. Luís Gonzalo Toro Correa. [↑](#footnote-ref-10)