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 Sentencia de segunda instancia

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro.: 66001-31-05-005-2016-00574-01

Demandante: Junior Herminsul Mora Pérez

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. S. 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 siete (07) días del mes de mayo 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 **Junior Herminsul Mora Pérez** contra **Promasivo S.A., Megabús S.A.** y al que fueran llamadas 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.,** radicado 66001-31-05-005-2016-00574-01.

**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 entre el 25/11/2010 y el 25/11/2015, cuando terminó por despido indirecto; donde Megabus S.A. ESP es solidariamente responsable del pago de los salarios de agosto de 2014 a noviembre de 2015, la prima de servicios del segundo semestre de 2014 y primero del 2015, las cesantías de los años 2013 y 2014, indemnización moratoria por falta de su consignación, intereses a las cesantías del año 2014, indemnización por despido injusto, aporte a pensión de los ciclos de abril a diciembre de 2013 y reajuste de la cotización efectuada de enero a junio de 2014 y de enero a septiembre y noviembre de 2015, vacaciones de los dos últimos años laborados y la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Fundamentan sus pretensiones en que: (i) a partir del 25/11/2010 y en cumplimiento de un contrato de trabajo a término indefinido prestó sus servicios personales como facilitador de mantenimiento a Promasivo S.A., concesionario del sistema de transporte masivo de pasajeros, cuya titularidad la ostenta Megabus S.A.; (ii) dichas sociedades suscribieron el contrato de concesión 001/2004, de ahí que Megabus sea el beneficiario de las labores desarrolladas por el actor; (iii) el contrato fue terminado de manera unilateral e injusta por el empleador el 25/11/2015.

(iv) Para el año 2014 devengó como salario básico la suma de $1´057.596 y como promedio $1´507.596, valores que para el año 2015 fueron de $1´106.245 y $1´256.245, respectivamente; (v) adeuda las acreencias laborales que se peticionan en este proceso.

**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 y las vacaciones**.** 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 constan 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”.

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 y su participación accionaria en Promasivo S.A. finalizó desde el año 2009.

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”; estas despachadas negativamente, decisión que fue confirmada en esta sede en audiencia del 19/01/2018 –fl. 407 c. 1-

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”

Por último, **López Bedoya y Asociados Cía S. en C.** frente a la demanda manifestó atenerse a lo que resultara probado dentro de la actuación, pero en relación con el llamamiento en garantía se opuso tras considerar que según las pólizas el afianzado es Promasivo S.A. y no ella. Propuso como excepciones las de “Petición antes de tiempo”, “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.

**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 25/11/2010 y el 31/01/2015, donde Megabus S.A. es solidariamente responsable de las condenas impuestas a la primera.

En consecuencia, las condenó al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, moratoria del artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50/90, aportes a pensión 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 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 parte de los salarios pedidos en la demanda, así como las prestaciones sociales y vacaciones solicitadas con algunas y los aportes a pensión no realizados o efectuadas con base salarial inferior a la devengada por algunos ciclos de los años 2013 a 2015.

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 de febrero de 2014 hasta el 31/01/2015 y, la segunda a partir del día siguiente al finiquito de la relación laboral, 01/02/2015 y hasta el 26/11/2015 que fue la apertura del proceso de liquidación judicial de esa sociedad.

Determinó que las vacaciones debían liquidarse con el salario básico u ordinario y las demás acreencias con el salario promedio devengado más el auxilio de transporte.

Declaró a 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 otrosíes 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.

Negó las demás pretensiones.

Condenó en costas procesales a Promasivo S.A. –liquidada- y a Megabus S.A. a favor del demandante en un 80% y a las llamadas en garantía a favor de Megabus S.A. en un 20% de las causadas.

**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 y se omitió que fue intervenida y luego liquidada.

De otro lado, aduce que como el hito final del contrato fue 31 de enero de 2015, no es posible que se tenga en cuenta salario promedio del demandante para la liquidación de las acreencias laborales reconocidas, sino que debe efectuarse de acuerdo con el salario básico devengado, en tanto desde el 19 agosto de 2014 no hubo prestación personal del servicio y por ende, no hubo lugar a reconocer la bonificación por tal concepto, ni el auxilio de transporte.

**Compañía Liberty Seguros S.A.** refiere que la póliza Nº 1937092 no tiene dentro de su cobertura el pago de aportes a 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 otrosíes 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.

**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) ¿Cuál es la base salarial con la que deben liquidarse las acreencias laborales que fueron reconocidas por la a-quo a favor del actor?

(iii) ¿El amparo de la póliza de cumplimiento de entidades estatales Nº 1937092 se extiende a las vacaciones, aportes a la seguridad social e indemnizaciones o estas últimas son inasegurables?

(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 – Ley 50/1990**

**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 50/1990.

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 1116 de 2006 en sentencia del 22-02-2017, radicado 45211, de 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”*

**2.1.2. Fundamento fáctico**

Recuérdese que se encuentra por fuera de controversia la existencia el contrato de trabajo que unió al señor Junior Herminsul Mora Pérez con Promasivo S.A. que se surtió entre el 25/11/2010 al 31/01/2015.

Asimismo, que a su terminación el empleador omitió efectuar el pago de las acreencias laborales a los que accedió la a-quo.

No obstante, la sociedad López Bedoya yAsociados y Cía S. en C muestra su inconformidad frente a dos aspectos, el primero la condena por concepto de indemnización moratoria del artículo 65, para pedir la sociedad su exoneración al obrar Promasivo S.A. de buena fe.

Frente a lo anterior, debe considerarse que según 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. 100 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. solo por la no consignación de cesantías (Ley 50/1990), pues las del 2013 debió ser consignada para el 15/02/2014 y no se hizo, por lo que la sanción debe contabilizarse a partir de ese momento y hasta el 14/10/2014, data a partir de la cual tomó posesión la nueva gerente de Promasivo S.A., como se explicó en antecedencia y no hasta el 31/01/2015, día de terminación del contrato de trabajo como lo hizo la a-quo por ser posterior a aquel hecho. Del tal manera que hay lugar a modificar la condena por este concepto para limitarla hasta esta última fecha, con lo que se obtiene una suma de $8`460.720.

En lo que respecta a la sanción prevista en el artículo 65 del CST, la a-quo la liquidó desde el día siguiente al finiquito del contrato de trabajo –01/02/2015 y hasta el 26/11/2015 –sic-[[7]](#footnote-7) que fue la apertura del proceso de liquidación, pero como para la fecha en que terminó el vínculo contractual que unió al actor con la sociedad Promasivo S.A., esta ya había sido despojada de la facultad de disponer financiera, administrativa, asistencial y jurídica de la empresa, le era imposible pagar las acreencias laborales de sus trabajadores, hecho este que constituye un motivo serio y atendible para haber omitido el pago de las mismas al actor para el momento en que finiquitó el contrato de trabajo, por lo que no se le debió imponer el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y por lo mismo debe ser exonerada, por lo que prospera la alzada presentada por la sociedad López Bedoya yAsociados y Cía S. en C. en este sentido.

**2.3. Base salarial para la liquidación de acreencias laborales**

**2.3.1. Fundamento jurídico**

Dispone el artículo 189 del CSTque para la liquidación de las vacaciones debe tenerse en cuenta el último salario devengado por el trabajador.

Por su parte, el artículo 253 *ibídem* señala que la base para la liquidación de las cesantías corresponde al último salario devengado -*para lo cual debe tenerse en cuenta el 127 ibídem que hace referencia a los elementos que lo integran, entre los cuales se encuentran las bonificaciones habituales que el trabajador perciba-,*  o el promedio del último año en caso de haber sido variable en los últimos tres meses.

Ahora, el artículo 7 de la Ley 1 de 1963 establece que el auxilio de transporte debe ser considerado incorporado al salario para efectos de liquidación de las prestaciones sociales.

En este orden de ideas, resulta claro que la liquidación de las vacaciones debe efectuarse con el último salario devengado y las prestaciones sociales adicionalmente con el auxilio de transporte.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

Recuérdese que la a-quo según lo expuesto en la parte considerativa de la decisión apelada liquidó las vacaciones con base en el salario ordinario y las prestaciones sociales con lo que denominó “base prestaciones”.

Al respecto, aunque omitió expresar cuáles eran los conceptos que integraban esa base prestacional, de la revisión de las sumas cuantificadas, resulta fácil colegir que se trata del salario promedio que es el resultado del salario básico más la bonificación mensual al que se le adicionó el monto determinado por el Gobierno Nacional como auxilio de transporte en los años 2013 a 2015.

Resulta oportuno precisar, dado los argumentos de la apelación que aquí se desata, que conforme a los comprobantes de nómina que fueron allegados en el cedé del fl. 100 del c. 1 y que se extienden hasta noviembre de 2015, los pagos percibidos por el actor mensualmente registran el concepto de “bonificación por servicios” en el equivalente a $150.000, es decir, que se trató de una suma habitual y por lo tanto, constitutiva de salario, de ahí que sea integrante de la base salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, sin que importe si prestó servicios hasta esta última data que de paso debe decirse no se demostró lo contrario, pues no existe en este punto un hecho que pueda considerarse como notorio.

Igual suerte debe seguir la suma reconocida por concepto de auxilio de transporte, no por constituir salario, sino por el mandato legal contenido en el artículo 7 de la Ley 1 de 1963.

Ahora, como no se discutió los valores obtenidos luego de aplicar las bases salariales indicadas y menos las operaciones aritméticas efectuadas, la Sala se encuentra relevada de revisarlos.

En este orden de ideas, fracasa la alzada presentado frente a este aspecto.

**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 tiene dicho la SCL[[8]](#footnote-8) 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 demostrar la mala fe del empleador.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

A folios 184 y s.s. del c. 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, las vacaciones, aportes a la seguridad social y las indemnizaciones moratorias por falta de pago de salarios y prestaciones –artículo 65 *ibídem*- o por falta de consignación de cesantías, 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. 234 del c. 1-.

Sin que se puedan considerar excluidas del contrato de seguros las indemnizaciones moratorias 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, 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 apuntó:

*“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””.*

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 del 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 otrosí.

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.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se modificará y revocará el numeral tercero de la sentencia revisada a fin de reducir el valor definido por concepto de indemnización por falta de consignación de las cesantías y eliminar la suma obtenida por liquidación de la sanción 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 S.A. y a favor de Megabus al fracasar su alzada, conforme lo disponen los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, sin lugar a imponerlas a Liberty Seguros y la sociedad López Bedoya yAsociados y Cía S. en C dada la prosperidad parcial de aquellas.

**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 **Junior Herminsul Mora Pérez** 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 el numeral 3 que se modificará y revocará y el 6 que se modificará y que para mayor comprensión 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:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **CONCEPTO**  | ***Desde*** | ***Hasta*** | **Valor** |
| Salarios | *01-ago-14* | *31-ene-15* | *$7.516.865* |
| Prima de servicios | *01-jul-14* | *31-ene-15* | *$753.767* |
| Cesantías | *1-Ene-2013* | *31-ene-15* | *$2.829.503* |
| Intereses a las cesantías | *1-Ene-2014* | *31-ene-15* | *$168.189* |
| Vacaciones  | *25-nov-14* | *30-ene-15* | *$95.477* |
| L. 50/90 | *15-feb-14* | *14-oct-14* | *$8.460.720* |

*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. SCL. Sentencias del 01-07-2015. Rad. 44186. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y 18-05-2016. Rad. 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. SL14651-2014 y SL 6119 de 26 de abril de 2017 radicación No. 50514, [↑](#footnote-ref-8)
9. M.P. Ariel Salazar Ramírez. SC18594-2016 del 19/12/2016 [↑](#footnote-ref-9)
10. 16 de febrero de 2001, Radicación 14.586, M.P. Luís Gonzalo Toro Correa. [↑](#footnote-ref-10)