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.

**TEMAS: CONTRATISTAS INDEPENDIENTES / SOLIDARIDAD DEL BENEFICIARIO O DUEÑO DE LA OBRA / REGULACIÓN LEGAL / INDEMNIZACIÓN MORATORIA / MALA FE DEL EMPLEADOR / NO PUEDE DEDUCIRSE EN CASOS DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL FORZOSA / NOVACIÓN / SUSTITUCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN POR OTRA / NO LA CONSTITUYE MODIFICACIONES LEVES ALREDEDOR DE LA OBLIGACIÓN.**

Dispone la Ley 1116 de 2006, en su artículo 6°, que la Superintendencia de Sociedades tiene la potestad jurisdiccional para conocer de los procesos de insolvencia (reorganización y liquidación judicial) de “todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, los iniciados para personas naturales comerciantes”.

Ahora bien, en el marco de dicha disposición normativa, el artículo 50 ibidem estableció un fuero de atracción con ocasión a la apertura del proceso de liquidación…

Nótese que dicho fuero, recae única y exclusivamente frente a los procesos ejecutivos en trámite que se adelanten contra el deudor en liquidación, de manera que, los procesos declarativos ordinarios que versan sobre controversias laborales o créditos litigiosos, pueden continuar su curso normal ante la jurisdicción competente, hasta tanto se produzca la decisión en firme que permita incluir la deuda…

De manera pacífica y reiterada la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que el reconocimiento de la indemnización moratoria no es automático ni inexorable y que para efectos de determinar si es o no procedente, le corresponde al operador judicial auscultar en cada caso, el elemento subjetivo o conducta del empleador, a fin de determinar si existen razones atendibles para sustraerse del pago de las obligaciones laborales a su cargo y que demuestren su buena fe patronal, pues en caso de existir razones serias y justificables procedería a su exoneración…

… en sentencia SL 2833 de 2017, esa alta Magistratura precisó que no era posible deducir la mala fe de aquellas entidades que incumplieron sus obligaciones laborales y que han sido llamadas a liquidación judicial forzosa…

La novación, de conformidad con el artículo 1687 del Código Civil es un modo de extinguir las obligaciones, y consiste básicamente en cambiar o sustituir a través de un acto jurídico, la obligación primitiva por otra nueva…

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada ponente:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | Juan Sebastian Polania Arias  |
| Demandados: | Megabus S.A. y Promasivo S.A.  |
| Llamadas en garantía:  | López Bedoya y Asociados & Cia S en C, SI 99 S.A. y Liberty Seguros S.A. |
| Radicación No. | 66001–31-05-001-2016-00556-01 |
| Juzgado origen: | Primero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia de segunda instancia  |
| Decisión: | **MODIFICA PARCIALMENTE** |

Registro del proyecto: diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Acta número 178 del 24 de noviembre de 2020

Pereira, Risaralda, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala  Cuarta  de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por los Magistrados **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, (ponente),** y **JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ,** a resolver los recursos de apelación interpuestos por las llamadas en garantía contra de la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia de la referencia.

Previamente se revisó, discutió y aprobó el proyecto elaborado por la Magistrada ponente el cual alude a la siguiente:

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES**
	1. **Demanda**

Pretende el demandante que se declare la existencia del contrato del trabajo a término indefinido con la sociedad Promasivo S.A., entre el 2 de octubre de 2013 y el 15 de septiembre de 2014, y consecuente con ello, aspira que se condene a dicho empleador y solidariamente a Megabus S.A., a pagar los salarios insolutos, las prestaciones sociales y vacaciones generadas durante el año 2014, la sanción por no pago de intereses a las cesantías, y las indemnizaciones moratorias por no consignación de las mismas a un fondo y no pago de salarios y prestaciones sociales a la finalización del contrato, contempladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T., respectivamente.

Como fundamento a sus pedimentos expuso: *(i)* que fue contratado por Promasivo S.A. mediante un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de auxiliar de gestión humana; *(ii)* que devengó un salario básico de $589.500, más una bonificación mensual de $300.000 y el auxilio de transporte, para un salario promedio mensual de $960.000; *(iii)* que el 15 de septiembre de 2014 presentó renuncia voluntaria; *(iv)* que al momento de la finalización del contrato de trabajo el empleador le quedó adeudando los salarios correspondientes al mes de agosto y septiembre de 2014, al igual que las prestaciones sociales y demás acreencias e indemnizaciones que por esta vía se reclaman; *(v)* que Promasivo S.A. fue intervenida por la Superintendencia de Sociedades quien ordenó su liquidación judicial el 26 de noviembre de 2015 (sic); *(vi)* que Megabús ejerce la titularidad del Sistema Integrado de Transporte Masivo de pasajeros del Área Metropolitana del Centro de Occidente y es el ente gestor del mismo, motivo por el cual adelanta la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros a través de concesionarios; y *(vii)* que presentó la reclamación administrativa en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6° del C.P.T y de la S.S., sin embargo fue resuelta desfavorablemente.

**1.2. Respuesta a la demanda**

Trabada la Litis, la sociedad demandada **PROMASIVO S.A. EN LIQUIDACIÓN** allegó respuesta a través de su apoderada judicial, en la que aceptó los hechos relativos a la vinculación laboral con el demandante, la modalidad contractual, los extremos, el cargo desempeñado, la terminación por renuncia del trabajador, la falta de pago de algunas acreencias laborales más no de salarios y, la intervención judicial a la que fue sometida la entidad. Frente a los demás indicó que no eran ciertos o no le constaban. Se opuso a las pretensiones incoadas en su contra y en su defensa, propuso como excepciones de fondo las de “Prescripción”, “Inexistencia parcial de las obligaciones demandadas”, “Cobro de lo no debido”, “Indebida acumulación de pretensiones” y “Doble cobro de las acreencias laborales”, (fls.66 a 77).

Por su parte, la sociedad demandada **MEGABÙS S.A.,** se pronunció a través de su apoderado judicial en la que aceptó los hechos relativos a la condición de titularidad que ostenta respecto al Sistema Integrado de Transporte Masivo del Área Metropolitana del Centro de Occidente y su condición de ente gestor respecto del contrato de concesión 01 de 2004, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta desfavorable. Frente a los demás indicó que no eran ciertos o no le constaban. Se opuso a la totalidad de las pretensiones al considerar que no existe responsabilidad solidaria por cuanto la entidad no tiene ningún compromiso en los términos y para los efectos de la cláusula de indemnidad que se pactó con el concesionario. En su defensa invocó como único medio exceptivo el de “Prescripción”, (fls.78 a 102). Llamó en garantía a Liberty Seguros S.A., SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados y CIA S. en C. (fls.103 a 135).

**LIBERTY SEGUROS S.A**., contestó la demanda principal y el llamamiento, para lo cual formuló respecto de la primera como excepciones de mérito las que denominó la “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”, “Improcedencia de reconocimiento de intereses moratorios”, “Inexistencia de la obligación a indemnizar” y “Prescripción”. Y frente al llamamiento las de: “Inasegurabilidad de la culpa grave y los actos meramente potestativo”, “Riesgos no amparados”, “Ausencia de dolo”, “Limite asegurado” y “No constitución en mora por parte del beneficiario” recalcando que la responsabilidad debe circunscribirse a los términos, condiciones y exclusiones de la póliza vigente al momento de producirse los hechos de la demanda, (fls.155 a 188).

A su turno, **LÓPEZ BEDOYA Y ASOCIADOS y CIA S. en C**, contestó la demanda y el llamamiento, oponiéndose a ambas, alegando respecto a la primera, que no tuvo nada que ver con la contratación del demandante, y frente a la segunda, que el contrato de concesión únicamente involucró la responsabilidad de Promasivo S.A. hoy en liquidación. En su defensa invocó como medios exceptivos respecto ambas las de “Ausencia de solidaridad”, “Prescripción” e “Inexistencia de las obligaciones demandadas”, (fls.200 a 236).

La sociedad **SI 99 S.A.,** allegó respuesta dentro del término concedido, manifestando oposición frente a las pretensiones al considerar que en ninguno de los acápites del contrato de concesión se obliga solidariamente a la entidad por las obligaciones propias de la relación laboral entre Promasivo S.A. y terceros, amén de que tampoco se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para predicar la solidaridad pretendida por la llamante. Invocó como excepciones de fondo las de “Falta de legitimación por pasiva”, “Cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación”, “Inexistencia de la solidaridad”, “Cobro de lo no debido por ausencia de causa”, “Buena fe” y “Prescripción”, (fl.377 a 418).

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 10 de diciembre de 2019, en la que declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre Juan Sebastián Polanía Arias y Promasivo S.A. hoy liquidada, ejecutado entre el 2 de octubre de 2013 y el 15 de septiembre de 2014, el cual terminó por renuncia voluntaria del trabajador. Consecuente con ello, condenó a dicha entidad empleadora a reconocer y pagar al demandante el salario de agosto y septiembre de 2014, las prestaciones sociales y vacaciones generadas durante dicha anualidad.

Para así concluir, estimó que habiendo aceptado Promasivo S.A. la existencia del contrato de trabajo con el demandante durante el lapso referido en la demanda, el cargo desempeñado y la renuncia del trabajador, era preciso establecer cuáles acreencias laborales le quedaron adeudando, motivo por el cual para erigir la procedencia de las condenas impuestas se apoyó en las pruebas documentales arrimadas por las partes, más concretamente, en la certificación expedida por el revisor fiscal de Promasivo S.A. en la que se indica que la entidad empleadora se encuentra en mora en el pago de las acreencias laborales a sus trabajadores, tales como salarios, prestaciones sociales y vacaciones, incluso en algunos casos, desde el año 2013.

Condenó además al pago de las indemnizaciones moratorias por no consignación de los intereses a un fondo, por no pago de intereses a las cesantías y por no pago de salarios y prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo, al considerar que la sociedad empleadora no demostró que su actuar hubiere estado revestido de buena fe o tuviera una justificación que permitiera exonerarla de tales condenas.

De otro lado, declaró a Megabus S.A. como solidaria responsable de las obligaciones impuestas a Promasivo S.A., al encontrar configurados los requisitos previstos en el artículo 34 del C.S.T.

A su vez, condenó a las sociedades SI 99 S.A. y López Bedoya y Asociados & Cia S en C, a responder solidariamente frente a las condenas impuestas, en razón a la suscripción voluntaria del contrato de concesión No. 01 de 2004, al igual que a Liberty Seguros S.A., en virtud de la póliza de cumplimiento suscrita entre ambas, considerando que en la misma no se excluyó el pago de acreencias de carácter laboral.

Por último, impuso las costas procesales a cargo de Promasivo y Megabús en favor del demandante y, a las llamadas en garantía en favor de Megabús en la suma de $828.116 cada una.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo decidido, los apoderados judiciales de las llamadas en garantía interpusieron el recurso de apelación, en los siguientes términos:

La sociedad **López Bedoya y Asociados** solicitó la revocatoria parcial de la sentencia en torno a dos puntos específicos: (i) el valor de la sanción por no pago de los intereses a las cesantías, pues a su juicio, esta corresponde a $7.104 para el año 2013 y no a $65.000 como lo determinó la a-quo para los años 2013 y 2014; y (ii) la sanción moratoria de que trata el artículo 65 C.S.T., pues considera que no hay lugar a su imposición, dado que este Tribunal ha indicado en múltiples pronunciamientos que al haber sido Promasivo S.A. despojada del manejo y la administración de la empresa, la sanción no procede más allá del 15 de octubre de 2014, y en este caso, la finalización del contrato de trabajo fue con posterioridad a esa calenda.

La sociedad **SI 99 S.A.** solicitó la modificación del valor de las acreencias laborales reconocidas, al considerar que debe acogerse el valor establecido en la graduación y calificación de los créditos efectuado dentro del trámite concursal que se llevó a cabo ante la Superintendencia de Sociedades, puesto estos resultan ser inferiores a los obtenidos en este proceso. De otro lado, solicitó la verificación de los otro sí al contrato de concesión 01 de 2004, a efectos de que se determine que existió una novación de la obligación que la exime de cualquier responsabilidad.

Por su parte, la sociedad **Liberty Seguros S.A**., solicitó la revocatoria parcial de la sentencia, en lo atinente a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 C.S.T. argumentando en síntesis que, contrario a lo manifestado por la a-quo, la mala fe es un presupuesto que debe ser demostrado por la parte demandante, quien tiene la carga de desdibujar la presunción de buena fe que opera en todo tipo de procesos, según lo indicó el órgano de cierre de la especialidad laboral en sentencia SL15507 de 2015, circunstancia que no quedó acreditada.

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

 Dentro del término otorgado a las partes para descorrer el traslado, las llamadas en garantía Liberty Seguros S.A. y Si 99 S.A., allegaron escrito de alegaciones a través del correo electrónico institucional del Despacho, por lo que se procede a decidir de fondo, previas las siguientes

1. **CONSIDERACIONES:**
	1. **Presupuestos Procesales.**

Sirve la revisión del expediente para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

* 1. **Problemas jurídicos por resolver.**

De conformidad con la apelación de la providencia en comento, y en atención al principio de consonancia, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a determinar si: ***(i)*** es procedente en este asunto acoger el valor del crédito reconocido al actor durante el trámite concursal de la sociedad Promasivo S.A. que se adelantó ante la Superintendencia de Sociedades; en caso negativo, establecer si ***(ii)*** la sanción por no pago de intereses a las cesantías estuvo calculada correctamente por la *a-quo*; ***(iii)*** hay lugar a exonerar a la sociedad empleadora de la condena impuesta a título de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.; y ***(iv)***la suscripción de otros sí al contrato de concesión No. 01 de 2004, configuró la novación de la obligación, que exima de responsabilidad a la llamada en garantía SI 99 S.A. frente a la sociedad Megabús S.A.

**5.3 Desenvolvimiento de la problemática.**

**5.3.1 De los actos en el trámite del proceso de liquidación judicial**

Dispone la Ley 1116 de 2006, en su artículo 6°, que la Superintendencia de Sociedades tiene la potestad jurisdiccional para conocer de los procesos de insolvencia (reorganización y liquidación judicial) de “*todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, los iniciados para personas naturales comerciantes*”.

En ese orden, los actos proferidos por dicha entidad dentro de los procesos en los que resuelve los asuntos sometidos a su competencia como juez de una determinada causa, gozan de carácter jurisdiccional.

Ahora bien, en el marco de dicha disposición normativa, el artículo 50 ibidem estableció un fuero de atracción con ocasión a la apertura del proceso de liquidación, en los siguientes términos:

*“Artículo 50. Efectos de la Apertura del proceso de liquidación judicial. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:*

*(…)*

*12. La remisión al Juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, hasta antes de la audiencia de decisión de objeciones, con el objeto de que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto. Con tal fin, el liquidador oficiará a los jueces de conocimiento respectivos. La continuación de los mismos por fuera de la actuación aquí descrita será nula, cuya declaratoria corresponderá al Juez del concurso. Los procesos de ejecución incorporados al proceso de liquidación judicial, estarán sujetos a la suerte de este y deberán incorporarse antes del traslado para objeciones a los créditos.”*

Nótese que dicho fuero, recae única y exclusivamente frente a los procesos ejecutivos en trámite que se adelanten contra el deudor en liquidación, de manera que, los procesos declarativos ordinarios que versan sobre controversias laborales o créditos litigiosos, pueden continuar su curso normal ante la jurisdicción competente, hasta tanto se produzca la decisión en firme que permita incluir la deuda, correspondiéndole entonces al deudor constituir una provisión contable para atender su pago, en los términos señalados en el artículo 25 ibidem.

**5.3.2 De la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 C.S.T.**

De manera pacífica y reiterada la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que el reconocimiento de la indemnización moratoria no es automático ni inexorable y que para efectos de determinar si es o no procedente, le corresponde al operador judicial auscultar en cada caso, el elemento subjetivo o conducta del empleador, a fin de determinar si existen razones atendibles para sustraerse del pago de las obligaciones laborales a su cargo y que demuestren su buena fe patronal, pues en caso de existir razones serias y justificables procedería a su exoneración; de lo contrario, se fulminaría condena por este concepto. (Al respecto se pueden consultarse las sentencias SL6621-2017, SL1166-2018, CSJ SL1430-2018, entre otras).

También es pacífica la línea jurisprudencial, al indicar que por regla general la crisis económica del empleador no exonera de la indemnización moratoria, por cuanto como regla general, se sigue, que en cada caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador omiso en el pago de salarios y prestaciones sociales ha actuado o no de buena fe. Al respecto, en sentencia del 24 de enero de 2012, radicación 37288, precisó:

*Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, 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.*

*De otra parte, 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).*

Posteriormente, en sentencia SL 2833 de 2017, esa alta Magistratura precisó que no era posible deducir la mala fe de aquellas entidades que incumplieron sus obligaciones laborales y que han sido llamadas a liquidación judicial forzosa, para lo cual hizo el siguiente razonamiento:

*“Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.*

*Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática.”*

**5.3.3 De la novación de las obligaciones**

La novación, de conformidad con el artículo 1687 del Código Civil es un modo de extinguir las obligaciones, y consiste básicamente en cambiar o sustituir a través de un acto jurídico, la obligación primitiva por otra nueva. El artículo 1693 ibídem, es categórico al imperar que, “*para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indubitablemente que su intención ha sido novar...*”.

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

En la primera, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, se indicó:

*“Sobre el particular ha corroborado la doctrina, que “para que la extinción –por novación- se produzca y para que la sustitución sea plenamente derogatoria, es necesario, o bien una expresa cláusula derogatoria, o bien una objetiva incompatibilidad o contradicción entre ambas reglamentaciones o sistemas de organización de intereses”[[1]](#footnote-1). “Y por lo mismo, el Juzgador no podrá aceptar la presencia de novación sino delante de una expresión liberatoria de parte del acreedor. Allí no cabe inferir el animus novandi, o liberardi de indicios...”[[2]](#footnote-2)*

*“La novación no se hace de otro modo que si los contratantes manifestasen terminantemente querer realizarla, pues en otro caso subsiste la primitiva obligación” (Non aliter fit novatio, quam si novare se diserte contrahentes expresserint, aliquiu manet pristina obligatio)”.* Sentencia No. 7304 del 12 de agosto de 2003.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 16 de febrero de 2001, Radicación 14.586, M.P. Luís Gonzalo Toro Correa, consideró:

*“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.*

**5.4 Caso concreto**

Teniendo en cuenta lo expuesto en los recursos de apelación, se abordará primero por efectos prácticos, lo expuesto por la sociedad SI 99 S.A. en relación con la solicitud de adecuación de las condenas en consideración a las resultas que tuvo el trámite de concursal adelantado ante la Superintendencia de Sociedades.

Para resolver, de entrada, la Sala dirá que dicho reproche carece de fundamento alguno, por las siguientes razones:

1. Tal como se indicó previamente, la apertura del proceso de liquidación de la sociedad Promasivo S.A. hoy liquidada, no afectó la iniciación o continuación de los procesos declarativos ordinarios que se encontraban en curso, de manera que en este proceso, el juez natural guarda competencia para decidir de fondo el asunto, conforme a las reglas propias del mismo, en la oportunidad procesal y con base en las pruebas que le fueron regular y oportunamente allegadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 164 del Código General del Proceso, aplicable por integración normativa autorizada por el artículo 145 de la obra homóloga laboral.
2. En tratándose de dos procesos diferentes e independientes (ordinario laboral – liquidación judicial), es claro que a cada uno de ellos se allegaron distintos medios de prueba que permitieron establecer en uno u otro caso la existencia de un crédito laboral en favor del demandante, sin que en este proceso se tenga conocimiento puntual y preciso de las pruebas que sirvieron de base en el proceso de liquidación concursal para el establecimiento de la deuda insoluta.
3. Nótese que mientras en el presente proceso judicial, la jueza encontró con base en el material probatorio allegado por las partes, que la sociedad Promasivo S.A. quedó adeudando al demandante distintas acreencias laborales, tales como, salarios insolutos, prestaciones sociales y vacaciones generadas durante el año 2014, entre otras; en el proceso de liquidación judicial que se tramitó ante la Superintendencia de Sociedades, se estableció a través del Acta de aprobación de graduación y calificación de créditos, la existencia de un crédito laboral a favor del actor, el cual fue consolidado en un valor fijo global que no discrimina los conceptos laborales que lo conforman o que allí quedaron inmersos.
4. Si bien es cierto que el acta de graduación y calificación de los créditos es una prueba de la existencia de una deuda en favor del trabajador, también lo es esta no es exclusiva dentro del presente proceso judicial, en tanto que, se insiste, existieron otros elementos de convicción que permitieron a la jueza arribar a la conclusión de que la deuda laboral a favor del actor es superior a la determinada dentro de dicho trámite de liquidación concursal.

Luego entonces, con base en lo expuesto no es procedente en este asunto como lo pretende la sociedad recurrente, atender de manera exclusiva el valor del crédito laboral reconocido durante el trámite de liquidación concursal, pues es claro que en este proceso el empleador (i) fue vinculado válidamente al proceso, (ii) compareció al mismo, (iii) confesó varios supuestos de hecho y (iv) aportó distintos medios de prueba que permitieron arribar a la conclusión de que la deuda laboral es superior.

Situación distinta se ofrece en aquellos asuntos en los que la sociedad Promasivo S.A. hoy liquidada no interviene en el proceso judicial dada la extinción y cancelación de su registro mercantil, pues en esos eventos de manera puntual la judicatura ha sido enfática en establecer que es posible emitir condena en contra de quienes se predica son solidarios responsables del empleador extinto, siempre que exista una prueba que acredite la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, a cargo del deudor y en favor del trabajador, como podría ser el auto de graduación y calificación de créditos proferida dentro del trámite concursal, situación que en todo caso no es la ofrecida en este asunto.

Por lo tanto, acorde con lo expuesto, no prospera el recurso de apelación interpuesto por la sociedad SI 99 S.A., en este puntual aspecto.

En lo que concierne al valor de la sanción por no pago de los intereses a las cesantías, de la que se queja la sociedad López Bedoya y Asociados & Cia S en C, para resolver es del caso traer a colación el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, el cual dispone:

*“A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

*2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.*

*3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados. (…)”.*

Acorde con lo anterior, es claro que el derecho a los intereses a las cesantías se hace exigible a partir del mes de enero del año siguiente a aquel año en que se causaron, o al momento de la terminación del contrato de trabajo si este se produjere antes.

Así las cosas, como quiera que para los años 2013 y 2014 la *a-quo* estableció a título de intereses a las cesantías la suma de $7.200 y $57.800, en su orden, y que dicha decisión no fue objeto de cuestionamiento alguno por las partes; el valor de la sanción por el no pago de tales emolumentos asciende a una suma global de $65.000 ($7.200+57.800), tal como se estableció en sede de primer grado.

Por consiguiente, no le asiste razón al apelante cuando afirma que la *a-quo* estableció una condena de $65.000 por cada anualidad (2013 y 2014), en forma independiente, pues claramente aquella cifra corresponde al pago total que deberá cancelarse a título de sanción por no pago de los intereses a las cesantías durante la vigencia de la relación laboral, por lo que no prospera tampoco el recurso de apelación interpuesto.

En cuanto al ataque propuesto por las sociedades López Bedoya y Asociados & Cia S en C y Liberty Seguros S.A., encaminado a que se revoque la condena por concepto de indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales contemplada en el artículo 65 del C.S.T, debe la Sala advertir de manera previa que, una vez revisada la sentencia que fue traída a colación por la compañía aseguradora al momento de sustentar su recurso de alzada (SL 15507 de 2015), se colige que en ninguno de sus apartes el órgano de cierre de la especialidad laboral hace alusión al criterio del recurrente según el cual la mala fe del empleador en el pago de los salarios y prestaciones sociales debe ser acreditado única y exclusivamente por la parte actora, y que ante la ausencia de pruebas, deba presumirse la buena fe de aquel.

Contrario a lo referido por el recurrente, en dicha providencia la Alta Magistratura mantiene la línea jurisprudencial según la cual “*(…) la imposición de la condena por indemnización moratoria cuando se discute la existencia del contrato de trabajo no depende exclusivamente de su declaración, así como tampoco su absolución de la negación del vínculo laboral; pues en ambos casos se requiere del examen de la conducta del empleador, y si la postura de la demandada resulta fundada y acompañada de pruebas que obren en el proceso, de forma que así no logre desvirtuar el nexo contractual, tenga plena justificación, es factible exonerarla de esa drástica sanción.”*

Por tal motivo, la Corte luego de realizar el análisis de las pruebas allegadas al trámite procesal en comento, estimó que “*(…) el club demandado no argumentó razones de peso que justificaran la falta de pago de prestaciones derivadas del vínculo laboral, con las cuales se determinara que su actuar estuvo revestido de buena fe”,* encontrando procedente la imposición de la referida sanción.

De manera que, equivocada resulta la interpretación que la sociedad Liberty Seguros S.A. dio al referido fallo. Ahora bien, partiendo de la base de que en cada asunto le corresponde al sentenciador analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada con argumentos que puedan considerarse atendibles y justificables, y que tal como se explicó previamente en las consideraciones jurídicas, la crisis económica de un empleador, en principio, no excluye la posibilidad de imponer la referida sanción moratoria, procede la Sala a auscultar si la liquidación obligatoria o forzada de una sociedad comercial por cuenta del Estado, a través de la Superintendencia del ramo, impone circunstancias particulares de las cuales sea posible aflorar la buena fe patronal.

Analizadas las probanzas arrimadas al plenario, tal como se ha establecido en casos similares al presente, se encuentra acreditado que Promasivo S.A. hoy liquidada, debió ser intervenida por la Superintendencia de Puertos y Transporte, tras la imposición de varias multas a aquella entidad, y que con ocasión a ello, tanto el representante legal como los miembros de la Junta Directiva de la misma, fueron removidos de sus cargos a través de la Resolución No. 11425 del 25 de julio de 2014 (CD fl.77 vto.), para en su lugar, posesionar a otros que al igual que los liquidadores del trámite concursal, velaron por la administración del patrimonio de la entidad con miras a la protección de la prenda general de acreedores, en especial la de los trabajadores; de modo que, es factible concluir que la falta de pago oportuno de las acreencias laborales en favor de estos, no fue producto de la desidia u otra circunstancia que se le pueda reprochar en tal sentido al empleador Promasivo S.A., habida cuenta que el manejo de la sociedad quedó en manos de terceros ajenos a sus propietarios, resultándole imposible jurídicamente disponer libremente de los recursos de la sociedad para cancelar los créditos laborales que le eran adeudados a la trabajadora.

Bajo esos presupuestos, la Sala ha considerado viable la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 C.S.T., únicamente desde el momento del finiquito de la relación laboral, limitada hasta cuando la Superintendencia de Puertos y Transportes entró a supervigilar a la sociedad Promasivo S.A., con la designación de un nuevo representante legal, es decir, hasta el 14 de octubre de 2014, dado que la representante designada tomó posesión en el cargo ese mismo día y recibió materialmente el manejo de la empresa, el día siguiente (ver CD anexo visible a folio 77 vto).

Así las cosas, acorde con lo anterior, como quiera que la relación laboral finalizó el 15 de septiembre de 2014, la referida sanción en este asunto corre desde el 16 de septiembre de 2014 y hasta el 14 de octubre de ese mismo año, debiendo entonces cancelarse al señor Juan Sebastián Polania Arias, el equivalente a un salario diario de $29.650 diarios por 29 días de mora, lo cual arroja un total de $859.850, por este concepto.

De manera que, se modificará el ordinal 5° de la sentencia de primer grado, en cuanto al valor a reconocer a título de sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., en los términos establecidos anteriormente. Prospera, por ende, de manera parcial el recurso de apelación interpuesto por la sociedad López Bedoya y Asociados.

Finalmente, en relación al segundo ataque propuesto por la sociedad SI 99 S.A., consistente en que la suscripción de los otrossí al contrato de concesión implicó la novación de la obligación y la consecuente exoneración de responsabilidad solidaria a su cargo, es preciso advertir que de la revisión de documentos (“otros sí”) suscritos entre Megabus S.A. y Promasivo S.A. hoy liquidado, ver Cd a folio 96, se observa que se hicieron simples adecuaciones y ajustes encaminados a mejorar y optimizar la prestación servicio público de transporte masivo de pasajeros, pues básicamente estuvieron encaminadas a ciertos ajustes respecto al patio troncal, la forma de vinculación de los autobuses; las especificaciones técnicas y ajustes exigidos dentro de la tipologías de buses, a fin de establecer características de apariencia interna y externa, de diseño específicas en cuanto a seguridad, silletería y condiciones especiales para vehículos nuevos; la dotación del patio troncal en relación con el abastecimiento de combustible y mantenimiento de la flota de buses, entre otras.

Nótese además que en los otros sí No. 1 y 5 se consignó expresamente que las demás cláusulas del contrato de concesión 01 de 2004 que no fueron objeto de modificación continúan vigentes, por ende, conservan aplicabilidad y plenos efectos. En términos similares, el otro sí No. 2 estableció que las demás consideraciones del contrato de concesión se mantienen con los ajustes técnicos incorporados.

De manera que, contrario a lo estimado por la sociedad recurrente, nada se dijo respecto al objeto esencial del contrato de concesión 01 de 2004, consistente en la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas troncales del Sistema Megabús, a través de la participación del Concesionario en los recursos económicos generados por la prestación del servicio. Y 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.

 Por consiguiente, no puede predicarse la novación de la obligación, la cual fue voluntariamente adquirida por la sociedad recurrente cuando suscribió el contrato de concesión, tal como lo razonó la a-quo, razón por la cual su solidaridad se mantiene incólume.  Por ende, no prospera el recurso de apelación interpuesto por esta entidad.

Con lo expuesto, quedan resueltas en su totalidad las inconformidades propuestas por las recurrentes.

Costas en esta instancia a cargo de SI 99 S.A. y Liberty Seguros S.A., dada la improsperidad de sus recursos de alzada.

1. **DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el día 10 de diciembre de 2019, en el sentido de indicar que la condena por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T. asciende un total de $859.850, conforme se explicó precedentemente.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO:** Costas en esta instancia a cargo de SI 99 S.A. y Liberty Seguros S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. Luis Díez-Picazo. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Madrid. Tecnos. 1979. Pág. 787. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fernando Hinestrosa. Tratado de las obligaciones, T. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Págs. 713 y 714. [↑](#footnote-ref-2)