TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2015 00590 01

Carlos Eduardo Robayo Castro vs. Transporte Solcaribe S.A.S. "Transolcar" y Otros.

Bogotá D. C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia absolutoria proferida el 25 de mayo de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por **Carlos Eduardo Robayo Castro** contra **Transporte Solcaribe S.A.S. "Transolcar" y Otros.**

Previa deliberación de los magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Carlos Eduardo Robayo Castro, promovió proceso ordinario laboral contra Transportes Solcaribe S.A.S. "Transolcar S.A.S." y solidariamente en contra de Transportes Tauro S.A.S., Jairo Santiago Castro Medina <representado por su señora madre María Mónica del Rosario Medina Laverde>, Jorge Enciso Castro, Víctor Eduardo Hernández Urbina y Herederos Indeterminados de los causantes Jairo Orlando Castro García (q.e.p.d.) y Henry Castro García (q.e.p.d.), con el fin de que se declare que con Transportes Tauro S.A.S. existió una relación laboral, en el periodo comprendido entre el 10 de enero de 1996 y el 24 de enero de 2012, fecha ésta en la cual se presentó sustitución patronal con la demandada principal y que se extendió hasta el 26 de abril de 2013, que la labor realizada era la de conducción de tracto camiones a diferentes lugares del territorio nacional, que el salario estaba conformado por un básico de $1.200.000, un promedio de

$2.600.000, más $182.000 correspondiente al 7% sobre el valor del salario, y que el contrato terminó sin justa causa; en consecuencia, solicita el pago de los salarios causados entre el 1° de enero y el 26 de abril de 2013, cesantías del mismo periodo y el saldo insoluto de las causadas durante la vigencia del contrato, así como de intereses sobre la cesantías con su sanción de todo el tiempo laborado, horas extras, aportes a pensión de 1992 al año 2002, intereses de mora a la tasa más alta sobre los saldos insolutos por aportes a pensión y salud de toda la vida laboral, saldos pendientes de la prima de servicios causada desde el 1° de enero de 2010, vacaciones, calzado y vestido de labor adeudadas desde el 1° de enero de 2009, sanciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización del artículo 65 del CST, indexación, *ultra y extra petita* y, costas del proceso.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que fue contratado de forma verbal y a término indefinido por la empresa Transportes Tauro Ltda., para la actividad de transporte de carga, conduciendo tracto camiones o tractomulas por todo el territorio nacional, recorriendo diferentes ciudades como Cali, Medellín, Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Pasto, Bogotá, Zipaquirá, etc., y departamentos como Valle del Cauca, Antioquia, Bolívar, Magdalena, Nariño, Cundinamarca, etc., estando bajo la continuada dependencia y subordinación de la empresa, el salario inicial pactado fue la suma de $1.200.000 más el 7% de dicha suma por concepto de transporte de carga, para un total de $1.284.000, ascendiendo a la suma final de $2.600.000 más el porcentaje aludido que arrojo el monto mensual de $3.094.825; el horario de trabajo diario superaba las ocho (8) horas y se cumplía todos los días con un descanso cada 15 días, el contrato terminó el 26 de abril de 2013 cuando la señora María del Rosario Medina Laverde en representación del menor Jairo Santiago Castro Media, le solicitó entregar las llaves del vehículo que conducía, se le quedo adeudando salarios completos de la labor prestada en el año 2013, lo saldos insolutos salariales y prestacionales durante toda la vigencia del contrato, y los demás emolumentos que reclama.

También agregó que el 24 de enero de 2012 se le notificó la sustitución de carácter patronal con Transportes Solcaribe S.A.S. “Transolcar S.A.S.”, el 3 de octubre de ese mismo año -2012- Transportes Tauro Ltda, se transformó en una

SAS; el 13 de febrero de 2013 "…*fueron asesinados los señores HENRY CASTRO GARCIA (Q.E.P.D.) y JAIRO ORLANDO CASTRO GARCIA (Q.E.P.D.) …socio de TRANSPORTE SOLCARIBE S.A.S. "TRANSOLCAR SAS"…",* éste último quien *"dirigía realmente*" a las empresas demandadas¸ finalmente precisó que las personas naturales demandadas fungieron como socios de las empresas y por ende, son deudores solidarios en el pago de todos los conceptos laborales.

2. Con auto de 17 de agosto de 2017, se dispuso el emplazamiento y la designación de Curador Ad-litem para los accionados Jorge Enciso Castro, Víctor Eduardo Hernández Urbina y Transportes SolCaribe SAS (fls. 199 PDF 01). Y, con proveído de 6 de diciembre de 2018, se emplazó a los demandados Transportes Tauro S.A.S. y Jairo Santiago Castro Medina <representado por su señora madre María Mónica del Rosario Medina Laverde>, designado como auxiliar de la justicia al mismo profesional que representa a los otros accionados emplazados. (fls. 250 de PDF 01)

3. Contestación de la demanda. Dentro del término de traslado, el curador ad-litem de los herederos indeterminados de los causantes Jairo Orlando Castro García (q.e.p.d.), Henry Castro García (q.e.p.d.), de los accionados Jorge Enciso Castro, Víctor Eduardo Hernández Urbina y Transportes SolCaribe SAS, así como de los demandados Transportes Tauro S.A.S. y Jairo Santiago Castro Medina <representado por su señora madre María Mónica del Rosario Medina Laverde>, en escritos separados, dio contestación a la demanda en similares términos, indicando que se oponía a todas las pretensiones, sobre los hechos dijo que no le constaban, debían ser probados por el accionante; fundamentó igualmente que la sustitución patronal no bastaba con que se alegara tal circunstancia sino que debía ser probada dentro de mismo contrato, acreditándose *"…que la relación jurídica se hallaba vigente respecto del patrono o empleador sustituido para que éste lo recibiera en las mismas condiciones con las consecuencias que la Ley previene, de ahí la importancia de dejar en claro que existió una continuidad de servicios del trabajador con las mismas condiciones contractuales; pero si se configura distinto contrato con el nuevo patrono o diferentes labores o se configura el fenómeno de la sustitución patronal…".* Propuso como excepción de fondo la de prescripción y la que denominó "genérica o innominada" (fls. 175 a 188, 236 a 249 y 255 a 267 de PDF 01)

4. Sentencia de primera instancia. La Jueza Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 25 de mayo de 2021, absolvió a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones del actor y le impuso costas a éste, tasando las agencias en derecho en $300.000.

En lo que interesa para resolver en esta instancia, la juzgadora de primer grado luego de hacer alusión al artículo 167 del C.G.P., consideró que el accionante no había probado los supuestos en los cuales soportaba la acción, para lo cual razonó que *"…la discusión de este proceso gira en torno si se consignó o si se pagó la liquidación con el verdadero salario en los términos del artículo 127 del código sustantivo del trabajo. En la medida en que la parte actora manifiesta que tenía un salario básico más unos porcentajes, 7% de valores de carga que manejaba vehículos, situación que más allá de lo que corresponde a los dichos por el demandante, quien tampoco asistió a audiencia el artículo 77, ni asistió hoy al interrogatorio de parte, no están debidamente acreditados y soportados dentro del proceso, en la medida en que no es posible derivar de los, es decir no se encuentra en los mencionados manifiestos de carga como tal y mucho menos que así se hubiese pactado entre las partes el salario con un porcentaje adicional del 7% de los valores de carga. Ahora bien, la certificación que obra en el folio 39 del expediente simplemente da cuenta de una vinculación, una labor con transportes Tauro limitada como conductor, pero no da cuenta de que efectivamente allí pueda evidenciarse que existía un porcentaje adicional del 7% sobre los valores de carga como lo predica el aquí demandante. Es una carga del demandante poderlo acreditar y es claro que no está debidamente soportado dentro del mencionado proceso…*"

Respecto a la sustitución patronal, precisó *"…No está debidamente acreditado de la sustitución patronal que se pretende en el presente caso, respecto de esta última sociedad, como tal, esto es la que se constituyó en el año 2012 Transolcar S.A.S y es decir viene acá nosotros tenemos a Transportes Tauro Ltda., se convirtió en una S.A.S como transportes Tauro, pero después viene y se constituye, Transolcar S.A.S o Transporte Solcaribe y es Transportes Tauro la que entrega a Transportes Sol Caribe muebles y enseres y entrega también cartera y la liquidación y cuentas por pagar, es decir con que se entregue una serie de activos que tiene una compañía a una nueva sociedad que se crea por sí mismo no se demuestra la sustitución patronal, en la medida que no se habla ahí que el aquí demandante hubiese continuado bajo la vigencia de un mismo contrato de trabajo. Entonces no puede predicarse acá que con la sola transferencia de activos …, que simplemente dan cuenta de un negocio Mercantil entre Transolcar S.A.S, que se constituye y se inscribe en Cámara de Comercio el 8 de marzo del año 2012 y la entrega que le hace Transportes Tauro SAS de los activos, esto por sí mismo no evidencia realmente que se hubiese sustituido el contrato de trabajo, hubiese existido una sustitución patronal. Simplemente refleja una operación de naturaleza mercantil, quedando el proceso huérfano de prueba respecto de la prestación personal del servicio del aquí demandante bajo esa misma unidad contractual respecto de la sociedad que se … creó Transol Caribe. Es decir no puede predicarse un único contrato, un mismo contrato, no puede predicarse un único contrato en el presente caso como se*

afirmó y con los extremos laborales. Ahora bien, si bien Transportes Tauro certificó que el aquí demandante había sido o había tenido una vinculación de conformidad con el folio 39 del expediente desde el 1º de enero 1996, esta certificación se expide el 11 de julio del año 2006 por sí mismo no puede el despacho decir que existe o puede predicarse una sustitución patronal respecto de esta nueva sociedad que se creó Transportes Tauro limitada, perdón, de la nueva sociedad que se crea a la que Transportes Tauro Limitada le transfirió los activos, esto es Transportes Sol Caribe SAS…".

5. Grado jurisdiccional de consulta. Comoquiera que la sentencia de primera instancia resultó totalmente adversa a las pretensiones de la parte demandante, y no fue apelada, se resolverá el grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que reformó el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

6. Alegatos de conclusión. En el término procesal oportuno para hacerlo ninguna de las partes presentó alegaciones de segunda instancia.

7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. Con arreglo al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTYSS, esta sala verificará si existió contrato de trabajo, y sustitución patronal en los extremos señalados por el accionante, el salario devengando era el reclamado y, de ser así, si es viable imponer las condenas solicitadas al extremo pasivo.

8. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la sala anuncia que la sentencia consultada será **revocada parcialmente.**

9. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 53 de la C.P. 23, 24 del CST., 60, 61, 145 del CPTYSS, 167 del CGP.

Consideraciones.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, es importante recordar que el artículo 167 del CGP, aplicable por reenvío del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., respecto de la carga de la prueba, prevé que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y que deben armonizarse con los artículos 60 y 61 del CPTSS.

En atención a lo expuesto, cabe precisar que si bien en los términos del artículo 23 del CST los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal de unos servicios en favor de otro, remuneración y la continuada subordinación, el artículo 24 de la misma obra establece que acreditada la prestación de un servicio personal hace presumir la existencia del referido tipo de contrato, evento en el cual quien alegue la condición de trabajador solamente le corresponde probar que prestó unos servicios personales en favor de otro, y este a su vez, es decir el receptor del servicio, tiene la carga de demostrar que tales servicios fueron realizados de forma independiente, autónoma o en virtud de un contrato diferente del laboral, únicas formas de desvirtuar la anotada presunción. No sobra recordar que cuando se debate la existencia de una relación laboral, no es estrictamente necesario que la parte demandante acredite la subordinación, pues para que la presunción legal sea eficaz, se reitera, su única obligación es probar la prestación personal de unos servicios en favor de otro, lo que se encuentra acorde con lo estatuido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Conforme al anterior marco normativo general, pasa la Sala a analizar el material probatorio obrante en el expediente para determinar, si como lo reclama el demandante, existió un contrato de trabajo entre el 10 de enero de 1996 y el 26 de abril de 2013 con la demandada Transportes Solcaribe SAS, en virtud de sustitución patronal acaecida el 24 de enero de 2012 con la sociedad Transportes Tauro SAS, devengando como salario final la suma de $2.782.000 conformado por un básico de $2.600.000 más el 7% de ese básico -$182.000- y, si hay lugar a edificar las condenas solicitadas.

Al proceso se allegó la siguiente documental, obrante en el PDF 01:

- Reporte del Fondo de Pensiones Protección S.A., en el que se acreditan cotizaciones a favor del demandante por cuenta del empleador Transporte Tauro Ltda, en el período comprendido entre el “052002” y el “112012, con un IBC del mínimo legal (fls. 33 a 36).
- Constancia de 26 de abril de 2013, del fondo de pensiones obligatorias Protección, en la que indica que el accionante se encuentra afiliado a esta entidad desde *“…el día 08 de Mayo de 2002…”* (fl. 105).

- Planilla de pago de aportes a seguridad social y parafiscales, del período “1012-12” de la razón social Transportes Solcaribe S.A.S., donde se relaciona entre otros trabajadores a “ROBAYO CARLOS” (fls. 37 y 38).

- Certificación laboral, expedida por Transportes Tauro Ltda., el 11 de julio de 2006, en la que se hace constar que el demandante *“…labora en la compañía desde el 10 de Enero de 1996 desempeñando el cargo de conductor y devengando un salario mensual de **UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS ($1.200.000.OO) MCTE** con un contrato laboral a término indefinido…”* (subrayado fuera de texto, fl. 39).

- Comprobante de nómina del mes de abril de 2006, del accionante, en la que se reconoce un total devengado de $1.200.000 (fl. 103).

- Comprobante de nómina del mes de mayo de 2007, en el que se reconoce como salario básico $433.700, y un concepto de <COMISIONES S/G LIQUIDACIÓN DICIEMBRE> por valor de $1.030.000 (fl. 111).

- Formato de Manifiesto de carga de fecha 2012/11/17, de la empresa Transolcar SAS, en la que figura como conductor el accionante (fls. 101 y 102).

- Orden de cargue de Transporte Solcaribe SAS, de noviembre 17 de 2012, siendo conductor Eduardo Robayo (fl. 104).

- Certificado de ingresos y retenciones año gravable 2011 del demandante (fl. 112).

- Acta de Junta de Socios para transformación de Ltda. a SAS, de la empresa Transportes Tauro Ltda., de 3 de octubre de 2012, de la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 43 a 47).

- Reforma de estatutos transformación de Transportes Tauro Ltda. a Transportes Tauro SAS (fls, 48 a 58).

- Balance General a 30 de septiembre de 2012, de Transportes Tauro Ltda. (fls 59 y 60).

- Acta de Constitución de la sociedad Transportes Solcaribe S.A.S., con sigla “Transolcar SAS”, de 24 de enero de 2012, expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 68 a 70).

- Estatutos de la Transolcar SAS (fls. 71 a 81).

- Certificados de existencia y representación legal de las sociedades aludidas anteriormente (fls. 92 a 95 y 97 a 100).

- Acta de entrega y recibo de documento de bienes muebles y enseres –cartera, liquidaciones y cuentas por pagar- de las empresas Transportes Tauro Ltda y Transportes Sol Caribe SAS (fls. 106 a 110).

Analizadas las anteriores probanzas en su conjunto, encuentra la Sala que con la certificación expedida el 11 de julio de 2006 por la empresa de Transportes Tauro Ltda., hoy S.A.S., se acredita el contrato de trabajo a término indefinido del demandante con ésta accionada, a partir del **10 de enero de 1996** -fecha referida en la demanda como de inició de la actividad laboral del demandante- en el cargo de conductor; obsérvese que dicho documento obrante a folio 39 del expediente digitalizado, no fue objeto de tacha (Arts. 269 del C.G.P.), por tanto tiene pleno valor probatorio; lo que además se corrobora con los comprobantes de nómina de los meses de abril de 2006 y mayo de 2007, que tienen logotipo de la empresa Transportes Tauro Ltda. (fls.103 y 111 de PDF 01); con el reporte de estado de cuenta del Fondo de Pensiones Obligatorias Protección S.A., en el que se acreditan los aportes a favor del accionante por cuenta del *"…**EMPLEADOR: TRANSPORTES TAURO LTDA**...."*, del lapso comprendido entre el "052002" al "112012" (fls. 32 a 35 PDF 01) y; con la certificación de afiliación a dicho fondo a partir el 8 de mayo de 2002, de Protección (fl. 105 expediente digitalizado).

Ahora, se sostiene en la demanda que frente a dicho contrato de trabajo, operó una sustitución patronal entre Transportes Tauro Ltda. hoy S.A.S y Transportes Solcaribe SAS "Transolcar SAS", a partir del 24 de enero de 2012 y hasta el 26 de abril de 2013, fecha que se señala de terminación del vínculo laboral.

El artículo 67 del CST, define la figura de la sustitución patronal *"…Se entiende por sustitución de {empleadores} todo cambio de un {empleador} por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios…"*, y el artículo 68 de la misma normatividad, establece el mantenimiento del contrato de trabajo, al prever *"…La sola sustitución de {empleadores} no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes…"*.

Advierte la Sala, sobre este punto, que en la fecha indicada por la parte actora -24 de enero de 2012-, se constituyó la sociedad Transportes Solcaribe SAS "Transolcar SAS", por los señores Jairo Orlando Castro Garcia (Q.E.P.D.) y el menor Jairo Santiago Castro Medina –representado por sus padres MARIA MONICA DEL ROSARIO MEDINA LAVERDE y JAIRO ORLANDO CASTRO GARCIA- según acta No. 01,

que fuera inscrita en Cámara de Comercio el 8 de marzo de 2012, bajo el número 01614334 del Libro IX (fls. 68 a 70, 87 y 88 PDF 01); así mismo, que el 17 de noviembre de 2012, la empresa Transolcar SAS, expidió Orden de cargue No. 0142 y Manifiesto de Carga 2457, para el viaje entre Cartagena - Bogotá, transportando "CARNE DE CERDO - REFRIGERADO", en los que figura como conductor el accionante (fls. 101, 102 y 104); que dicha empresa -Transportes Solcaribe S.A.S.-, es quien cubrió para el mes de diciembre de 2012, el valor de los aportes a seguridad social y parafiscales a favor del accionante, según planilla de pago (fls. 37 y 38) y, que Transportes Tauro Ltda., hoy S.A.S hizo entrega de documentos, bienes muebles y enseres –cartera, liquidaciones y cuentas por pagar- a Transportes Solcaribe SAS "Transolcar SAS", según acta correspondiente (fls. 106 a 110 de 01).

Los anteriores medios de prueba, contrario a lo considerado por la juzgadora de instancia; permiten inferir que en el contrato del actor operó la pregonada sustitución patronal, aunque no en los términos referidos por el accionante. Obsérvese que las dos empresas Transportes Tauro Ltda., hoy SAS y Transolcar SAS, tienen como objeto social el transporte de carga terrestre a decir de los certificados de existencia y representación legal (fls. 92 a 95 y 97 a 100 de PDF 01); que el actor ejecutó la labor de conductor para la sociedad "Transolcar SAS", como se indica en la orden y el manifiesto de carga que expidió dicha empresa y donde se registra como conductor al aquí demandante; aunado a que los aportes a pensión para el mes de diciembre de 2012, esto es el mes siguiente al último que se acredita pagó Transportes Tauro Ltda., estuvo a cargo de la nueva empresa, y si bien ese hecho –pago de aportes- por sí solo no implica la existencia de una relación laboral (literal e) del artículo 15 de la Ley 100 de 1993), si es un indicio que permite, en el presente caso, junto con las otras probanzas referidas, concluir la misma; incluso no debe olvidarse que también se dio la entrega de bienes muebles y enseres –cartera, liquidaciones y cuentas por pagar- de una empresa a la otra, es decir del antiguo al nuevo empleador.

Y es que, el demandante ejecutó la misma actividad de conductor de vehículos de transporte de carga -objeto social de ambas empresas-, los aportes a pensión fueron cubiertos por las dos sociedades sin que hubiere solución de continuidad, situación que permite colegir que no hubo suspensión de la labor ni del contrato. Ahora, lo que no se puede considerar es que dicha sustitución operó

desde la constitución de "Transolcar SAS" -24 de enero de 2012, como lo reclama el actor- obsérvese que para el mes de noviembre aún pagaba los aportes a pensión el empleador inicial -Transportes Tauro Ltda., hoy SAS, por lo que para efectos de esta sentencia, se declarará la sustitución patronal a partir del 1° de diciembre del año 2012 y aunque se diga en el escrito de la demanda que el contrato estuvo vigente hasta el 23 de abril de 2013, no es factible arribar a esa conclusión.

En efecto, lo último que aparece es el aporte para el mes de diciembre de 2012 -30 días-, según planilla de folios 37 y 38 del expediente digitalizado; la cual, como atrás quedó analizado, permite inferir la labor durante ese mes, sin que haya quedado acreditada la prestación del servicio del actor posterior a esa calenda y menos aún hasta la fecha que pretende se declare el contrato -23 de abril de 2013-; recuérdese que no obra medio de prueba alguno que corrobore el dicho del accionante; por lo que para efectos de esta sentencia, se tendrá como fecha de finalización del contrato el **30 de diciembre de 2012**, situación que hace nugatorias las pretensiones que aluden al reconocimiento de emolumentos laborales causados con posterioridad a la misma, como salarios, prestaciones sociales, vacaciones, etc..

De otra parte, se señala en la demanda, que el salario inicial correspondía a las suma de $1.200.000, más el 7% de ese monto salarial *"…como compensación a las sumas o valores de carga transportados…"* y no dicho porcentaje sobre el valor de la carga transportada, como lo entendió la jueza *a quo*, valores que en su decir le fueron cancelados en forma continua en vigencia del contrato, sin embargo las prestaciones sociales y los aportes a seguridad se liquidaban con base en el salario mínimo legal mensual de cada anualidad, razón por la cual reclama saldos insolutos de cesantías, intereses, primas, así como intereses moratorios sobre los saldos debidos en los aportes a pensión.

Al respecto debe decirse que no quedo evidenciado el monto que se afirma devengaba por salario el actor; ya que si bien en la certificación expedida el 11 de julio de 2006, se hace alusión a que su salario era la suma mensual de $1.200.000 (fl. 39 de PDF 01), así como en el desprendible de nómina de abril de 2006 (fl. 103 ídem), no es posible determinar desde cuando percibía dicha suma; no siendo lógico concluir, como al parecer lo hace la parte actora, que ese fuere el salario

desde el 10 de enero del año 1996 -fecha que se indica en el documento como de inicio del contrato-; a lo sumo se podría concebir que fuera el salario de esas dos mensualidades, más no de todo el tiempo.

Y es que si observamos el desprendible de pago de nómina del mes de mayo de 2007, el salario básico reconocido es de $433.700 (fl. 111 de PDF 01), esto es el mínimo legal de esa anualidad, aunque allí se registra un concepto adicional por "COMISIONES S/G LIQUIDACION DICIEMBRE" por valor de $1.030.000; tal situación no lleva a darle la razón al demandante; por el contrario, corrobora que el salario correspondía al mínimo, que fue con el cual se realizaron las cotizaciones para el riesgo de pensión, como se advierte del reporte de Protección S.A. (fls. 32 a 37 de PDF 01); pues no resulta coherente, de atenderse que para el año 2006 tenía un salario de $1.200.000, que para el año siguiente, en lugar de aumentar su remuneración, como sería lo lógico, éste hubiere disminuido al mínimo legal.

Además, adviértase que el demandante no hizo ningún esfuerzo probatorio, carga que le competía conforme el artículo 167 del C.G.P-, ya que ni siquiera asistió a las audiencias previstas en los artículos 77 y 80 del CPT y la SS, para acreditar, también como lo alega, ese reconocimiento del 7% sobre el valor del salario por concepto de "*compensación a las sumas o valores de carga transportados";* se repite, no hay medio de prueba alguno que lleve certeza que tal reconocimiento y pago se daba, no siendo posible tener por acreditada dicha situación con la sola manifestación del accionante, que por demás no tiene el carácter de confesión (Art. 191 del C.G.P.) sino de simple declaración de parte que para darle valor probatorio requería que fuera corroborada con otros medios de pruebas que llevaran a tal convencimiento, pero que en el presente asunto no se dieron.

Así las cosas, al no probarse que la remuneración era superior al salario mínimo legal mensual de cada anualidad, que admite el demandante fue con el que le liquidaron sus prestaciones sociales, no hay lugar a elevar condena alguna por saldos insolutos de cesantías, intereses, primas, como tampoco proceden los intereses moratorios por diferencias en el monto de aportes a seguridad social – salud y pensión; razón por la cual se confirmará la decisión absolutoria al respecto.

También se reclama el pago vacaciones causadas a partir del 1° de enero de 2009 a la fecha de terminación del contrato (pretensiones 6.29 de la subsanación), calzado y vestido de labor durante el mismo lapso (petición 6.34 mismo escrito), horas extras de todo el tiempo laborado (súplica 6.35 de la subsanación), así como los aportes a pensión de los años 1996 a junio 15 de 2002 (petición 6.28 escrito subsanatorio), indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa contrato (pretensiones 6.636) y; sanciones moratorias artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

Aquí, conviene advertir, que si bien las acreencias mencionadas se encuentran consagradas como el mínimo de derechos y garantías a favor de un trabajador (art. 13 del CST), y se deben reconocer cuando se acredita el contrato de trabajo y no se demuestra el pago de los periodos reclamados, por parte del empleador, también debe verificarse que su reclamación se hubiere elevado dentro del término que prevé la normatividad, como quiera que de no haberse hecho en ese lapso, opera la prescripción, que consiste en que ha transcurrido el tiempo que concede la ley, en este caso, al trabajador para que reclame a su empleador, las acreencias o emolumentos derivados del contrato de trabajo que se encontraren insolutos, como lo consagran los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPT y de la SS; medio exceptivo que alegó el curador ad-litem que representa a la parte pasiva.

Para efecto de determinar dicha figura jurídica sobre los derechos en materia laboral, debe tenerse en cuenta como punto fundamental la fecha de exigibilidad de los mismos, igualmente que pueden presentarse obligaciones o derechos que se causan durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir que son exigibles en desarrollo del mismo y otros que se causan a la terminación, por tanto, frente a cada derecho pretendido debe examinarse la prescripción.

En el presente asunto, dado que las pretensiones de la parte actora tienen su origen en la terminación del contrato de trabajo, es desde esa fecha que se debe contar el término prescriptivo. Por consiguiente, como el contrato finalizó el 30 de diciembre de 2012, el accionante contaba con un término de tres años para hacer su reclamación e incoar la acción, conforme las normas antes señaladas; el cual iba hasta el mismo día y mes pero del año 2015; pudiendo interrumpirse

dicho lapso por una sola vez, con el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador acerca de un derecho debidamente determinado; contándose de nuevo dicho lapso a partir de reclamo y por un período igual al señalado inicialmente (Arts. 489 del CST y 151 del CPTYSS).

Entonces, como la demanda se presentó el 18 de diciembre de 2015 (fl. 114 de PDF 01), se observa que los derechos causados con anterioridad al mismo día y mes **-18 de diciembre de 2012-** se encuentran prescritos, a excepción de las vacaciones y los aportes a pensión, ya que para las primeras el término de tres años se contabiliza una vez vencido el año que tiene el empleador para conceder dicho descanso remunerado luego de causado éste; y los segundos son derechos irrenunciables y por tanto, imprescriptibles; por lo que frente a las vacaciones al igual que para los otros derechos exigibles a la terminación del contrato, se considera que con la presentación de la demanda se interrumpió el término prescriptivo.

No obstante, dicha interrupción surtía efectos siempre que el auto admisorio de la demanda se haya notificado al demandado dentro del año siguiente, contado a partir del siguiente día a la notificación al demandante de tal providencia, conforme lo establece el artículo 94 del CGP; de lo contrario la interrupción solo se surtirá con la notificación hecha al demandado sobre la admisión de la demanda.

Así, en el presente asunto, el auto admisorio de la demanda se profirió el 25 de febrero de 2016 y se notificó por anotación en estado al demandante el día siguiente -26 de febrero de 2016- (fls. 151 y 152 de PDF 01); observándose que el curador ad-litem de los herederos indeterminados de los causantes Jairo Orlando y Henry Castro García (q.e.p.d.), se llevó a cabo el 28 de marzo de 2016 (fl. 170 de PDF 01); el 21 de septiembre de 2018, se notificó al mismo profesional que también fuera nombrado como auxiliar de la justicia en representación de los demandados Jorge Enciso Castro, Víctor Eduardo Hernández Urbina y Transportes Solcaribe S.A.S. (fls. 229 de PDF 01); y el 9 de septiembre de 2019, se surtió la notificación del aludido auxiliar de la justica, designado como Curador ad-litem de los accionados Transportes Tauro SAS y del menor Jairo Santiago Castro Medina –representado por su señora madre María Mónica del Rosario Medina Laverde- (fl. 254 de PDF 01).

Observadas a simple vista las fechas en que se surtió la notificación del auxiliar de la justicia que resultó representando a toda la parte pasiva, se consideraría en un primer momento que al ser la última diligencia la llevada a cabo el 9 de septiembre de 2019, la misma se encuentra ampliamente por fuera del año siguiente a la notificación al actor del auto admisorio de la demanda -26 de febrero de 2016-, y por ende considerarse que operó el fenómeno de la prescripción.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional al analizar la exequibilidad del numeral 3º del artículo 91 de la CPC, que se reprodujo en el actual artículo 94 del CGP, consideró que debe verificarse si la tardanza en la notificación a la parte demandada se dio por negligencia o inactividad del accionante, quien tiene dicha obligación legal, pues de no ser así, declararse la prescripción es una medida o sanción desproporcionada, cuando aquel ha actuado de manera diligente (Sent.C-227 del 30 de marzo de 2009).

Así, para determinar tal situación, advierte la Sala frente al trámite adelantado para trabar la litis, la siguiente actuación procesal: En el escrito demandatorio el demandante solicitó la designación de curador ad-litem para los de los herederos indeterminados de los causantes Jairo Orlando y Henry Castro García (q.e.p.d.), y los demandados Jorge Enciso Castro y Víctor Eduardo Hernández Urbina, por desconocer el domicilio de éstos (fl. 148 PDF 01), no obstante al admitirse la demanda solo se dispuso el emplazamiento y designación de auxiliar de la justicia para los herederos indeterminados de los causantes mencionados (fls. 151 y 152). Con escrito del 6 de abril de 2016, el apoderado del actor allegó las certificaciones de no entrega de los citatorios a los demandados y solicito se notificara a la demandada Transportes Solcaribe SAS mediante correo electrónico, conforme el artículo 82-10 del CGP (fl. 171); petición que fue negada con auto de 28 de abril de 2016, por cuanto *"…este Despacho Judicial a la fecha no cuenta con la infraestructura ni cobertura de red "internet" que permita realizar dicha gestión…."* y lo requirió para que hiciera el trámite de la notificación (fl. 189); con auto del 24 de noviembre de 2016, dispuso el archivo de las diligencias en aplicación del artículo 30 del CPTYSS (fls. 191); el 14 de junio de 2017, el apoderado de la accionada solicitó el emplazamiento a los demandados *"(…) teniendo en cuenta que los mismos se trasladaron o cambiaron de oficina…"* (fl. 192); con auto del 13 de julio de 2017, se negó la petición porque *"(…) no se ha allegado a las presentes diligencias la copia cotejada de la citación que fue librada a efectos de ser*

notificados en debida forma la parte pasiva de este litigio (inc. 4°, num 3° del art. 291 del CGP)…" (fls. fl. 194); el siguiente 18 de julio de 2017, el representante judicial del accionante allegó el cotejo de la citación para diligencia de notificación y solicito proceder con el emplazamiento a los demandados (fl. 195); el 17 de agosto de 2017, luego de advertir que desde la demanda se había peticionado la designación de auxiliar de la justicia y que ello no se había efectuado, así como que se había acreditado la imposibilidad de notificar personalmente a los demandados, ordenó el emplazamiento y designó auxiliar de la justicia para Jorge Enciso Castro, Víctor Eduardo Hernández Urbina y Transportes Solcaribe SAS y conminó al actor para adelantar los trámites respecto de Transportes Tauro SAS y el menor Jairo Santiago Castro Medina –representado por su señora madre María Mónica del Rosario Medina Laverde- (fl.199 y 200); el 8 de septiembre de 2017 el apoderado allegó la publicación del emplazamiento (fl 202); el 18 de enero de 2018, se incorporó la publicación y se requirió a la parte demandante para surtir el trámite de la notificación de Transportes Tauro SAS y el menor Jairo Santiago Castro Medina (fl.215); en septiembre 6 de 2018, se requirió nuevamente al accionante para que diera cumplimiento a lo ordenado para trabar la litis (fl. 217); el 6 de febrero de 2018 el apoderado del actor allegó las constancias de la devolución de los correos enviados a los demandados para surtir la notificación y solicitó el emplazamiento de estos (fl.218); el 6 de diciembre de 2018, se dispuso el emplazamiento y designación de curador a los accionados pendientes por notificar Transportes Tauro SAS y el menor Jairo Santiago Castro Medina –representado por su señora madre María Mónica del Rosario Medina Laverde- (fl.250); con auto del 5 de septiembre de 2019, se requirió al auxiliar de la justicia para que procediera a notificarse (fl. 253), surtiéndose la correspondiente notificación el 9 de septiembre de 2019 (fl. 254).

En esas condiciones, colige la Sala que aunque se evidencia que algunas decisiones del juzgado no fueran muy acertadas; lo cierto es que la tardanza advertida para trabar la litis, es endilgable únicamente a la falta de actividad de la parte actora; téngase en cuenta que no hizo manifestación alguna ante la omisión inicial del juzgado para emplazar y designar curador ad litem a las personas naturales accionadas de las que indicó desconocer su domicilio; y dentro del año siguiente a la notificación por estado del auto admisorio de la demanda, solo presentó el 6 de abril de 2016, es decir mes y medio después de notificado por estado el auto admisorio, un memorial allegando la constancia de devolución de

los citatorios a los demandados, y solicitando notificar vía correo electrónico a la empresa Transportes Solcaribe S.A.S; y vuelve a actuar hasta el 14 de junio de 2017, esto es año y tres meses después de la admisión de la demanda; incluso con auto del 24 de noviembre de 2016, se dispuso el archivo diligencias (Art. 30 del CPT y de la SS) ante la falta de actividad de la parte accionante para trabar la litis; además dicha parte fue requerida para que diera cumplimiento a la carga que le competía en el envío de los avisos de notificación e instada para que cumpliera con el trámite de la notificación; por lo que por lo que conforme el artículo 94 del CGP, la interrupción del término para la prescripción, pasado el año que prevé dicha normatividad *"…solo se producirán con la notificación al demandado…"*, lo que acaeció después de transcurridos más de tres años de la fecha de finalizado el contrato, situación que lleva a colegir, sin lugar a duda que operó el fenómeno prescriptivo frente a los derechos y acreencias reclamadas con esta acción, es decir, respecto de vacaciones, calzado y vestido, horas extras, indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa y sanciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

En lo que respecta a los aportes a pensión, que reclama el actor desde el año 1996 a junio de 2002, los cuales como se dijo no están cobijados por el fenómeno prescriptivo, toda vez que estos constituyen el capital o conforman las semanas cotizadas para obtener la futura pensión del trabajador, derecho que se torna en imprescriptible, corriendo la misma suerte las cotizaciones que son la base de éste.

El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el apartado legal 3° de la Ley 797 de 2003, consagra la afiliación al Sistema General de Pensiones como obligatoria para todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo; a su vez el artículo 9° de la norma modificatoria del artículo 33 del aludido Sistema Pensional, estableció los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, previendo en el literal d) de su numeral 2º, que para cumplir con el requisito de densidad de cotizaciones, se tendría en cuenta *"…d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador…"*, debiendo para tal efecto el empleador que omitió afiliar y cotizar a favor de su trabajador, trasladar la suma correspondiente a satisfacción de la

entidad administradora, con base en el cálculo actuarial (Decreto 1887 de 1994 y normas concordantes), obligación que recae en el empleador.

Y es que si bien se acreditaron aportes a pensión a favor del accionante, lo cierto es que los mismos no se hicieron durante toda la vigencia del contrato de trabajo; recuérdese que éste inició labores el 10 de enero de 1996, y fue afiliado al fondo de pensiones hasta el 8 de mayo de 2002, como lo certificó Protección S.A. (fl. 105 de PDF 01), y que se efectuaron cotizaciones para los ciclos de mayo de 2002 y diciembre de 2012, según reportes del fondo de pensiones (fls. 33 a 38 de PDF 01.).

Así las cosas, al no haber quedado acreditada la afiliación y cotización a favor del actor a una AFP desde el inicio del contrato de trabajo **-10 de enero de 1996**- y hasta el **30 de abril de 2002**, se condenará al pago de los aportes respectivos mediante cálculo actuarial, que deberá ser consignado al respectivo fondo de pensiones que se encuentre afiliado o se afilié; para tal efecto, se concederá al demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará o se encuentra afiliado; y en caso de guardar silencio al respecto se consignará en el fondo Protección S.A. donde se acreditó afiliación del demandante; así mismo, se le concede a los accionados un término adicional de 5 días para que eleve la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente, y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que la parte demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, tal diligencia deberá adelantarla el demandante.

Se debe precisar que el salario base para efectos de elaborar el mencionado cálculo, será el mínimo legal mensual de cada anualidad, habida consideración que no se demostrara haber devengado un monto diferente, como atrás se analizó, a excepción de los meses de abril y julio de 2006, que se tomará para éstos el valor de $1.200.000, que fue el probado en el presente asunto.

En cuanto a solidaridad que se reclama, se deben hacer las siguientes precisiones:

- Son responsables de manera solidaria por el pago de la condena surgida en esta instancia, vale decir del cálculo actuarial en los términos ordenados, las empresas accionadas Transportes Solcaribe SAS y Transportes Tauro Ltda. hoy SAS, ante la sustitución patronal declarada; dado que el artículo 69 del CST., consagra: *"…el antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquel, pero si el nuevo empleador las satisficiere, puede repetir contra el antiguo…".*

- No así, respecto de las personas naturales demandadas, en su calidad de socios de empresa accionada Transportes Solcaribe SAS, por cuanto está constituida como Sociedad por Acciones Simplificada "SAS" (certificado de Cámara de Comercio, fls. 98 a 100), ya que no hay norma legal o convencional que le imponga a las SAS dicha figura jurídica, toda vez que no se trata de sociedades de personas, única hipótesis en que cabe tal solidaridad, atendiendo lo previsto en el artículo 36 del CST. Adviértase, que el artículo 1° de la Ley 1258 de 2008 *"por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada",* prevé *"…La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley**, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales**, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad…".* Por tanto, se absolverá al menor Jairo Santiago Castro Medina –representado por su señora madres María Mónica del Rosario Medina Laverde-, y a los herederos indeterminados del causante Jairo Orlando Castro García (q.e.p.d.).

- En lo que respecta a los socios de Transportes Tauro Ltda. hoy SAS, los accionados Jorge Enciso Castro, Víctor Eduardo Hernández Urbina, y herederos indeterminados de Henry Humberto Castro García (q.e.p.d), si bien dicha empresa se transformó a partir del 3 de octubre de 2012, en una SAS -Sociedad por Acciones Simplificada- como se acreditó con el Acta de Junta Directiva de Socios (fls. 43 y 44); situación que conlleva la imposibilidad de responsabilizarlos solidariamente por las obligaciones laborales contraídas por la empresa; también se advierte que para los años 1996 a 2002 -fecha a la que corresponde la condena impuesta-, dicha sociedad era "LIMITADA"; siendo aplicable en este específico caso, la solidaridad deprecada, en los términos del artículo 36 de la norma sustantiva laboral, que en su parte pertinente establece *"…Son solidariamente*

responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y estos entre si en relación con el objeto social y solo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio…"; por tanto se condenará a las personas citadas de manera solidaria y hasta el límite de sus acciones a pagar el monto de la condena aquí impuesta.

Por consiguiente, se revocará parcialmente la sentencia consultada, para en su lugar condenar a la parte demandada en los términos referidos. Sin costas en la consulta, las de primer grado a cargo de las accionadas Transportes Solcaribe SAS y Transportes Tauro Ltda. hoy S.A.S..

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

Resuelve:

Primero: **Revocar parcialmente** la sentencia consultada, y en su lugar declarar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante **Carlos Eduardo Robayo Castro**, con la empresa **Transportes Solcaribe SAS,** en virtud de la sustitución patronal que operó con **Transportes Tauro Ltda**. **hoy S.A.S**.; vigente en el período comprendido entre el 10 de enero de 1996 y el 30 de diciembre de 2012, acorde con lo aquí considerado.

Segundo: Declarar que las empresas **Transportes Solcaribe SAS** y **Transportes Tauro Ltda**. **hoy S.A.S,** así como los demandados personas naturales **Jorge Enciso Castro, Víctor Eduardo Hernández Urbina**, y **herederos indeterminados de Henry Humberto Castro García (q.e.p.d)**, éstos en su calidad de socios de la última de las mencionadas y hasta el límite de sus acciones, son solidariamente responsables de las acreencias laborales a favor del actor.

Tercero: En consecuencia, **Condenar** a los demandados citados en el numeral anterior, a consignar en el respectivo fondo de pensiones y a favor del demandante el valor correspondiente al cálculo actuarial por la omisión y

cotización al riesgo de pensión, durante el periodo comprendido entre el 10 de enero de 1996 y el 30 de abril de 2002, con base en el salario mínimo legal de cada uno de esos años, y de $1.200.000 únicamente para los meses de abril y julio de 2006; para tal efecto, se concederá al demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará o se encuentra afiliado; y en caso de guardar silencio al respecto se consignará en el fondo Protección S.A. donde se acreditó afiliación del demandante; así mismo, se le concede a los accionados un término adicional de 5 días para que eleve la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente, y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que la parte demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, tal diligencia deberá adelantarla el accionante.

Cuarto. Sin costas en la consulta. Las de primera instancia a cargo de las empresas demandadas.

Quinto: Devolver el expediente al juzgado de origen, una vez quede en firme esta providencia, y sin necesidad de orden adicional.

Notifíquese y cúmplase,

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado