

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUSTAVO ERICSSON GUEVARA RIVERA CONTRA INVERSIONES & CONSTRUCCIONES LUJO S. EN C., ICL DESARROLLO URBANO EN LIQUIDACIÓN

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 20 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Gustavo Ericsson Guevara Rivera, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Inversiones & Construcciones Lujo S. en C., ICL Desarrollo Urbano en Liquidación "ICL Desarrollo Urbano", para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 1º de junio de 2013 al 31 de octubre de 2015, el cual terminó por causa imputable al empleador por el no pago de sus derechos laborales. Consecuencialmente, pretende se condene a la accionada al pago de cesantías intereses a las

cesantías, primas de servicios, vacaciones, e indemnizaciones por la no consignación de cesantías a un fondo (art. 99 ley 50 de 1990), por despido injusto (art. 64 CST) y moratoria del art. 65 del CST, el pago de aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y por las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 5 a 7 del expediente, en los que en síntesis indica que: desde el 1º de junio de 2013, existió un contrato laboral con la demandada a término indefinido y su cargo era el de contador en el que cumplía funciones de adelantar y gestionar procesos contables normales de la empresa y dar reporte ante entidades estatales; cumplía un horario de 7:00 am a 5:00 pm de lunes a viernes, y los sábados de 8:00 am a 1:00 pm., hasta el 31 de octubre de 2015; recibiendo órdenes de la pasiva; como salario pactaron la suma de \$2.000.000.00., el cual no aumentó; suscribió contratos de prestación de servicios con la accionada, los que se usaron para ocultar la verdadera relación laboral que existió entre las partes. Manifiesta que la demandada lo requirió en varias ocasiones para el cumplimiento de horarios, que a la fecha de presentación de la demanda se le adeudan salarios por valor de \$4.810.278,00; que desde 2015 la ha requerido con el fin de obtener el reconocimiento de sus derechos laborales, los que han sido omitidos por la enjuiciada, que durante su vinculación nunca fue afiliado a seguridad social, ni se le pagaron prestaciones sociales y vacaciones. Finalmente, señala que el 3 de mayo de 2018 notificó al liquidador de la demandada, interrumpiendo con ello el término trienal de prescripción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la enjuiciada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas indicando que lo que unió a las partes fue un contrato de prestación de servicios, conforme la documental que se anexa con la demanda, por tanto, no existe lugar a despachar condena alguna en su contra; niega los hechos excepto el relacionado con el no pago de prestaciones sociales indicando que no se causaron. Como medios de

defensa propuso las excepciones las que denominó: prescripción de las obligaciones demandadas, inaplicabilidad de la indemnización moratoria conforme la a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y la legislación vigente, cobro de lo no debido por inexistencia de la relación laboral, abuso del derecho, temeridad de la acción, inaplicabilidad de otras indemnizaciones por haber buena fe de la sociedad demandada (fls. 82 a 96 a 98 a 101).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 106) en la que declara que entre el demandante Gustavo Ericsson Guevara Rivera y la demandada Inversiones & Construcciones Lujos S en C - ICL Desarrollo Urbano - en Liquidación Judicial - ICL Desarrollo Urbano, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de julio de 2013 al 28 de julio de 2015; declara probada parcialmente la excepción de prescripción sobre todos los derechos laborales exigibles del 2 de julio de 2013 hasta el 28 de julio de 2015, excepto sobre los pagos a seguridad sociales, por tratarse de un derecho imprescriptible, conforme se expuso en la parte considerativa de la sentencia; condena a la demandada Inversiones & Construcciones Lujos S en C - ICL Desarrollo Urbano - en Liquidación Judicial - ICL Desarrollo Urbano, a pagar a la administradora de Pensiones que designe el demandante, el valor que esa cantidad liquide para pagar las cotizaciones a pensiones, con sus correspondientes intereses, generados entre el 2 de julio de 2013 al 28 de junio de 2015, sobre los IBC en el cuadro especificado a folio 107; absuelve a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia; condena en costas a la demandada

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: La parte demandante, centra su inconformidad frente la declaratoria de la excepción de prescripción de las prestaciones sociales y vacaciones, indicando que el escrito con sus respectivos sellos que fue allegado el 3 de mayo de 2018 cuenta con un anexo de 5 folios, en los cuales se soporta la reclamación y la descripción de cada una de las

pretensiones, por lo cual, implica que la accionada sí tuvo conocimiento de éstas.

A su turno, la parte demandada, Inversiones & Construcciones Lujo S. en C. - ICL Desarrollo Urbano en Liquidación, en primera medida, argumenta que la declaración de existencia de trabajo no puede tener sustento jurídico en las pruebas testimoniales puesto que estos son sospechosos y no son claros, como tampoco en las pruebas documentales, afirmando que la certificación carece de sentido debido a que el actor no era contador titulado, por otro lado, frente al pago de la seguridad social manifiesta que, si bien es cierto el derecho pensional no prescribe, el aporte sí, finalmente, que en caso de que se declarara la existencia del contrato, no se podría tomar desde abril a diciembre del año 2014 el salario de \$2.000.000 sino de \$1.450.000 tal como lo expresó el testigo Víctor Manuel Flores y el demandante en su interrogatorio de parte, por lo tanto, solicita verificar dichos valores como aparecen en los contratos del expediente.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las partes al momento de sustentar sus recursos de apelación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Sea lo primero señalar que al plenario se incorporó a folios 28 y 53 certificación expedida por el representante legal de la accionada de 28 de julio de 2015, en la que se indica que el actor se encontraba vinculado a esa sociedad, desde el 2 de enero de 2014, mediante contrato de prestación de servicios, en el cargo de Contador, devengando un ingreso mensual de \$2.000.000.00; así mismo obra copia de consulta de información reportada por terceros al sistema muisca de la DIAN del año 2015 (fl. 29). Aparece a folios 55 a 57 copia de contrato de prestación de servicios No. 034-2013, celebrado el 2 de julio de 2013 entre el demandante y la sociedad accionada el cual tiene por objeto la asesoría integral como apoyo a la gestión del contratante (demandada) en el área de contabilidad y archivo, teniendo una duración de 6 meses; a folios 58 a 60, copia de contrato de prestación de servicios No. 016-2014, celebrado el 2 de enero de 2014 entre el demandante y la sociedad accionada el cual tiene el mismo

objeto del anterior, teniendo una duración de tres (3) meses; también se allegó copias de correos electrónicos o mensajes de datos a folios 30 a 32 de la demanda, los que se valoran en los términos del art. 247 del C.G.P., es decir, bajo las reglas generales de los documentos, teniendo en cuenta que fueron aportados de forma impresa, se puede apreciar que se solicita entre otros al actor, para que dé cumplimiento a su horario de almuerzo, a fin de no dejar sola su área de trabajo, correos que datan del 29/07/2014 y 07/05/2014, los cuales no fueron tachados de falsos.

Siguiendo con el recuento probatorio, se tiene que el demandante absolvió interrogatorio de parte, en donde manifestó que ingresó a trabajar a ICL el 1º de junio de 2013 hasta octubre de 2015, más o menos el día 15; no podía asignar a una tercera persona para reemplazarlo cuando no pudiera ir; debía de pedir permiso cuando debía salir al representante legal, es decir, al señor Patiño y en el momento que estaba su jefe inmediato, el señor Víctor Manuel, a él le comentaba; dentro de sus funciones tenía las de recibir documentos, los causaba, analizaba, los incorporaba en contabilidad y los dejaba para revisión directamente con el señor Víctor Manuel Flores. Adiciona que inclusive hacía las cuentas de cobro de los contratistas; que no fue objeto de algún llamado de atención. Así mismo indica que no recuerda cuantos contratos suscribió; que sus honorarios en 2013 eran de \$1.450.000, los mismos en 2014; que el 3 de mayo del año 2018 hizo una inscripción con respecto a esos créditos dada la situación por la que él pasaba con respecto a la empresa en el proceso con la Superintendencia de Sociedades, - Manifiesta que la mayoría de tiempo cumplió sus funciones en la 118 con 19 en la oficina 508, ahí estaba la empresa ICL y tenía su puesto. Acepta que no era el contador sino el auxiliar contable; que el 31 de marzo de 2015, fecha en que se fue el señor Víctor Manuel Flores, el siguiente día el gerente Patiño lo llamó a decirle que siguiera el proceso tal cual como si fuera el contador delegado o encargado hasta el momento en que se retiró, desde ahí comenzó tal cual, inclusive se le aumentó su retribución a \$2.000.000, que en la certificación dice que empezó el 2 de enero del año 2014 porque inicialmente se hizo un contrato tan pronto ingresó a ICL por medio del doctor Patiño y posteriormente en el año 2014, de acuerdo al proceso del tiempo porque era un contrato, ellos renovaron en el 2014 hacia el futuro, o sea, deben reposar 2 contratos. Manifiesta que la persona encargada de verificar el horario que cumplía era la encargada del área administrativa,

inclusive había unos sistemas en los edificios de las entradas que eran con huella digital, y en la oficina directamente estaba Lina Medina quien lo hacía cumplir el horario de 7:00 a,m a 5:00 pm y muchas veces se quedó posterior al horario de salida realizando los recibos de caja que llevaban los clientes, y el horario de sábado era de 8:00 am a 1:00 o 2:00 pm.

*Se recibieron las declaraciones de **Víctor Manuel Flores** quien manifestó que conoció al demandante en junio de 2013 cuando fue contratado por ILC como auxiliar contable y él se desempeñaba como Contador desde marzo 2007 a marzo de 2015. Afirma que laboró con el señor Gustavo en la misma oficina ya que fue su jefe inmediato, que las herramientas con las cuales el señor Gustavo trabajaba eran de la empresa; tenía un horario, de 8:00 am 5:00 pm, y los sábados de 8:00 am a 1:00 pm, horario impuesto por la empresa de manera obligatoria y cuando no podía, tenía que justificar por qué no había asistido, adiciona que durante el tiempo que trabajaron juntos no recuerda que no haya asistido y si lo hizo, muy poco pedía permiso; para ausentarse debía pedir permiso a él por ser su jefe y después iba a la parte administrativa a comunicarlo, que la vinculación se hizo a través de contratos sucesivos de prestación de servicios, pero no era autónomo ya que no podía asignar a alguien para que lo reemplazara, no podía trabajar desde casa, todo era en las oficinas de la empresa. Agrega que las funciones de un auxiliar eran las de verificar las facturas que llegaban, los comprobantes o soportes, codificaba y desde luego registraba en el sistema de software que tenía y había comprado la compañía. Y le consta de lo manifestado porque él fue quien le hizo la inducción y laboró como su auxiliar contable hasta cuando el testigo se retiró en marzo de 2015. **Nancy Susana Alfonso** afirma que conoce al demandante desde 2014, cuando ella ingresó a laborar a ILC como arquitecta, y Gustavo se desempeñaba como auxiliar contable y le consta que cumplía horario de 8:00 a 5:00 pm de lunes a viernes y los sábados de 8:00 a a 12 m; a él le daba las órdenes e instrucciones su jefe directo el señor Víctor y cuando éste no estaba era el gerente señor Patiño; agrega que las órdenes que veía, era por lo general cuando radicaban las cuentas contables mes a mes, se las pasaba al señor Víctor y éste se las pasaba a Gustavo para que él hiciera la contabilización de esas cuentas; y frente a las instrucciones del señor Patiño veía que lo llamaba directamente a la oficina para darle las instrucciones pertinentes de las cosas que debía hacer, para ausentarse debía pedir permiso, cumplía*

funciones de recibir las cuentas, cargarlas en el sistema y les daba el reporte de las cuentas, pagos que estaban pendiente de hacer a ellos, es decir, a todos los empleados. Es de indicar que, si bien los testimonios fueron objetados de sospechosos, al escuchar los mismos de sus manifestaciones no se observa ningún grado de parcialidad, sino que manifiestan de forma clara y conteste los que les consta por tener conocimiento directo de los hechos narrados, circunstancias que para la sala merecen credibilidad.

Así, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte de la promotora de la litis, naciendo así la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo, por tanto, surgió la ventaja probatoria a favor de aquella, siendo a la demandada a quien corresponde desvirtuar dicha presunción de tipo legal (Art. 24 del CST); lo cual, no hizo la encartada, toda vez que no logró probar que el trabajo desarrollado por el demandante careciera del elemento subordinación, propio del vínculo laboral.

En efecto, si bien el demandante suscribió contratos de prestación de servicios, lo cierto es que las mismas fueron ejercidas careciendo de libertad y autonomía en la gestión realizada; ya que como lo afirmaron los testigos el actor en su labor como auxiliar contable recibía órdenes e instrucciones de su jefe inmediato Víctor Manuel, o del gerente de la compañía señor Patiño, debía cumplir un horario impuesto, para ausentar debía pedir permiso, no podía delegar sus labores, tampoco puede pasarse por alto que la demandada asignó al actor una oficina para que desempeñara su labor, con elementos suministrados por ésta. Por lo anteriormente expuesto, no cabe duda que entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo, como acertadamente lo concluyó el a quo, imponiéndose confirmar su decisión en este sentido, no sin antes advertir que los extremos temporales determinado por el a quo no fueron objeto de controversia.

En cuanto al salario es de precisar que si bien el demandante en su interrogatorio de parte indica que la remuneración acordada y pagada por la empresa durante el tiempo laborado en 2013 y 2014 fue el mismo de \$1.450.000, no se puede perder de vista que conforme la certificación expedida por el representante legal de la demandada (folio 53), se expresó que el demandante se desempeñó como contador con un ingreso mensual de

\$2.000.000,00, imponiéndose confirmar lo decidido por el juzgado en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Ahora, frente a la declaratoria parcial de la prescripción, es criterio de la mayoría de la sala que el término comienza a contarse desde el día que la obligación se ha hecho exigible, obvio exceptuando lo correspondiente a cesantías y vacaciones las cuales se cuentan desde la terminación del contrato y de 4 años, por hacerse exigible desde el día en que se cumple el año siguiente al que el empleador debía conceder las vacaciones, respectivamente, criterio del cual se aparta el Magistrado sustanciador ya que si la obligación es pura y simple, comienza a prescribir desde que se dan los hechos constitutivos de su fuente. De manera que en el caso aquí debatido, donde se discute la naturaleza de la vinculación del demandante con ICL Desarrollo Urbano, la prescripción empieza a contarse desde la ejecutoria de la sentencia que declara que los servicios personales estuvieron regulados por un contrato de trabajo, pues es desde este momento que el trabajador o ex trabajador, puede exigir el reconocimiento y pago de los derechos sociales causados por dicha vinculación, ya que obviamente antes de esa declaratoria no podía exigirlos debido a que la vinculación era de carácter civil.

Así las cosas, de conformidad con el criterio asumido por la mayoría de la Sala, se analiza la excepción de prescripción de los derechos laborales conforme a los disentimientos hechos por las partes respecto de la declaratoria decretada por el fallador de primer grado. Sobre el particular la sala advierte que en materia laboral el fenómeno de la prescripción se encuentra regulado plenamente en el artículo 151 del CPT y SS en consonancia con lo previsto en los artículos 488 y 489 del CST, al establecer que las acciones, por regla general, correspondientes a los derechos que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por una única vez cuando se presenta la correspondiente reclamación al empleador. Así mismo es de precisar que, que tal reclamo "escrito, no puede hacerse en forma abstracta, indefinida o indeterminada" por

ejemplo, “como solicitar el pago de los derechos laborales o el reconocimiento de prestaciones sociales o la satisfacción de las indemnizaciones legales o convencionales o el otorgamiento de los descansos obligatorios”. Pues “carecen de **eficacia** para interrumpir la prescripción” ya que “no permiten conocer, de manera concreta y determinada, el derecho pretendido”. Así lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1º de febrero de 2011, con Rad. No 30.437.

Entonces, es claro para Sala que la terminación del contrato de trabajo ocurrió el 28 de julio de 2015, y si bien el promotor alega que con el escrito presentado el 3 de mayo de 2018 se interrumpió el plazo prescriptivo, es de precisar que en el mismo no se reclama el reconocimiento y pago de derechos laborales originados en el contrato de trabajo que nos ocupa, sino que se limita a indicar que instauró demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad, la cual fue asignada al Juzgado 1 Laboral del Circuito de Bogotá sin mencionar las motivaciones de ello; y si bien se indica que allega liquidación de los derechos laborales adeudados no obra dentro del proceso prueba de ello, por lo que no resulta posible tener en cuenta el documento de folio 72 para efectos de la interrupción del fenómeno prescriptivo, por lo que para efectos del proceso, corresponde tener como tal la presentación de la demanda, esto es, el 15 de mayo de 2019, por lo que los derechos sociales correspondientes a prestaciones sociales causados con anterioridad al 15 de mayo de 2016 se encuentran prescrito como en efecto lo declaró el a quo.

Finalmente, en torno a la imprescriptibilidad de aportes a seguridad social es de precisar que, en sentencias como las CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, la Corte ha sostenido que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción. En similar dirección, en sentencias como las CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, y CSJ SL2944-2016, señaló que «...el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción...», criterio reiterado en sentencia SL738-2018 de 14 de marzo

de 2018, con ración 33330, razones suficientes para conformar lo decidido por el a quo en este aspecto.

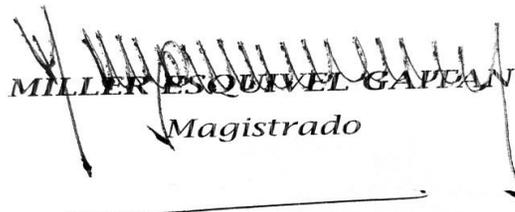
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Sin costas en esta instancia, dado el resultado de los recursos.

Notifíquese a las partes en forma legal.


MILLER ESQUIVEL GALDAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FERNANDO ALONSO RIVERA MARTÍNEZ CONTRA CODENSA S.A. ESP

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta, junto con los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Fernando Alonso Rivera Martínez, por medio de apoderado judicial, demandó a Codensa S.A. ESP, para que se condene al reconocimiento y pago de la

pensión de jubilación a partir de la fecha en que se profiera sentencia, en un 100% del salario devengado bajo los parámetros del artículo 34 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Codensa S.A. ESPS y "Sintraelecól", indexación de las sumas adeudadas, lo ultra y extra petita, y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamentos de las pretensiones los hechos narrados a folios 6 a 12 del expediente digitalizado en los que en síntesis indica que: el 2 de diciembre de 1981 se vinculó con la Empresa de Energía de Bogotá y en junio de 2013 por sustitución patronal pasó a ser trabajador de Codensa S.A.ESP, respetándose todos los derechos adquiridos con su anterior empleador y estableciendo su salario como integral, seguidamente se le designó en el cargo de asesor de gerencia técnica y en comunicación del 24 de mayo de 2016 se le designó como profesional experto infraestructura y redes, cargo que actualmente ocupa. Señala que en la empresa existe una convención colectiva de trabajo con vigencia 2015- 2018 suscrita Sintraelecól, organización sindical que agrupa a más de más de la tercera parte de los trabajadores y que se aplica a todos en la empresa, excepto los mencionados en el artículo 5°; que en dicha convención se estableció el derecho al reconocimiento de pensión de jubilación especial para los trabajadores vinculados antes del 31 de diciembre de 1991 y haber prestado 20 años de servicios en entidades oficiales o exclusivamente a la empresa y tener 50 años de edad. Agrega que se le hicieron los descuentos con destino al sindicato y se encuentra a paz y salvo; que igualmente se encuentra afiliado a sindicato de gremio la Asociación de Ingenieros de la Empresa de Energía de Bogotá ASIEB y Codensa S.A. y existe laudo arbitral; que nació el 16 de diciembre de 1955, por lo que cumplió 50 años de edad el mismo día y mes de 2005 y cuanta con más de 20 años de servicios para la demandada; el 20 de diciembre de 2017 solicitó el reconocimiento de la pensión especial que ahora deprecia y le fue negada en comunicación del 11 de enero de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la Codensa S.A. ESP en forma legal y oportuna en escrito incorporado a 250 a 268 del expediente digitalizado, en el que se opuso a las pretensiones

formuladas; en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría excepto los relacionados con que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo indicando que también se encuentran excluidos los trabajadores que pactan salario integral ya que son de manejo y confianza y ostentan la calidad de representantes del empleador y los relacionados con la vinculación al sindicato de gremio y la existencia de laudo arbitral indicando que no le constan. Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y compensación, buena fe y prescripción.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia anexa al expediente digitalizado) en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Al estar en desacuerdo con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre, (cd fl 88), señalado que es cierto al proceso no se allegó la convención colectiva de trabajo 2004 - 2007 sin embargo se debe tener en cuenta que las normas sobre las cuales no hay discusión se entienden incorporadas en el nuevo texto y si bien el demandante en 2003 renunció a los beneficios extralegales se creó una jubilación espejo de la convención colectiva pero nadie puede renunciar a lo que no existe es decir no podía hacer a un derecho futuro creado en la convención colectiva de 2016 la cual lo único que hace es transcribir el texto convencional que viene de tiempo atrás, no solamente desde 2003, sino desde cuando se vinculó a la Empresa de Energía de Bogotá de manera que si bien el demandante renunció a unos beneficios debe entenderse que existía y que algunos de ellos como los que ahora reclama están incorporados en la convención colectiva de trabajo de 2016 y se refieren a situaciones consolidadas antes del acto legislativo 01 de 2005. De igual manera debe tener en cuenta que el artículo 5 de la convención colectiva, no menciona por ningún lado que su aplicación exceptúa a empleados de manejo y confianza sino de unos cargos

dentro de los cuales no se encontraba el que ocupaba el actor, y lo único que la empresa ha hecho es birlar su derecho a la pensional convencional que ahora reclama.

ALEGANTOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solamente la parte demandada presentó alegaciones en esta instancia indicando que quedó demostrado la falencia o falta de prueba sobre la Convención Colectiva de Trabajo que el actor no allegó al plenario, la vigente a la fecha de nacimiento del derecho; es decir, la vigente al año 2005, fecha en que cumplió los 50 años de edad, faltando con esto un requisito ab sustancias actus o forma ad probationem o formalidad que se que se exige para la demostración de un acto. Es preciso reiterar que la Corte ha considerado que la prueba ad substantiam actus o ad solemnitatem, es aquella que para la existencia o validez de un acto jurídico material, la ley exige una forma instrumental determinada -sentencia CSJ SL, 2 feb. 2005, rad. 23219- como por ejemplo, la prueba del depósito de la convención colectiva de trabajo dentro del término fijado por la ley. Para el presente evento acierta el juez de instancia al colegir la no existencia en el plenario de dicho instrumento procesal, no existe prueba alguna que acredite los derechos reclamados, en este punto es pertinente citar el principio del onus probandi o carga de la prueba, primero al demádate le corresponde probar los hechos en que fundamenta su acción, para el efecto no se incorpora prueba de las condiciones pactadas en la convención, es decir; los requisitos y existencia del derecho convencional. Conjuntamente y siguiendo con las reglas del onus probandi mi representada debe ser absuelta de los cargos, ya que el demandante no logró probar los hechos que fundamentan su acción, actore non probante reus absolutor, por lo anterior y al adolecer la presente demanda de pruebas que acrediten estos derechos, solicito se absuelva a mi representada, máxime cuando el artículo 164 del Código General del Proceso, impone al juzgador el deber de fallar toda Página 2 de 4 decisión en la pruebas regularmente allegadas al proceso, y recalco del análisis de las pruebas allegadas al proceso por cada una de las partes, se concluye que en el presente proceso se adolece de prueba que acredite los supuestos facticos y jurídicos esgrimidos en la demanda, aunado que el derecho convencional que se reclama

en convención colectiva que fue aportada 2015-2017, contraviene el precepto constitucional establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

RELACIÓN LABORAL EN EL ISS - BENEFICIARIO DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA

No es motivo de controversia que el señor Fernando Alonso Rivera Martínez se vinculó a la Empresa de Energía de Bogotá el 2 de diciembre de 1981 a través de contrato de trabajo a término indefinido; que en 1997 se estableció una sustitución patronal con la ahora demandada; que el 12 de marzo de 2009 el promotor suscribió con Codensa S.A.S. un acuerdo de reincorporación (fls 44 y 45) y que una vez finalizara la prestación de servicios para la EEB podía reingresar a Codensa y se le mantendría todos los beneficios entre ellos la antigüedad en la compañía, y es así que conforme a lo certificado por la demandada (fl 51) se reconoce una antigüedad con Codensa del 2 de diciembre de 1981 al 12 de marzo de 2009; con la EEB del 13 de marzo de ese año al 20 de marzo de 2011, y desde el 21 de ese mes y año a la fecha nuevamente con Codensa S:A. ESP. De igual manera e indica que el cargo desempeñado es el de Profesional Experto Infraestructura y Redes.

Así mismo se allego a folio 52 certificación expedida por el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, Sintraelecól en el que indica que se encuentra afiliado a esa organización desde el 30 de enero de 2017. No obstante, de acuerdo con lo admitido por la demandada en el sentido de que ese sindicato agrupa más de la tercera parte d ellos empleados de Codensa, lo que lo hace beneficiario de los acuerdos convencionales.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL

La controversia que se presenta entre las partes se contrae determinar si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión

convencional, con el 100% del salario devengado bajo los parámetros del artículo 34 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Codensa S.A. ESPS y "Sintraelecol", ya que la parte demandante insiste en que se cumplen con los requisitos, mientras la demandada insiste en que el actor renunció a los beneficios convencionales entre otros documentos el otrosí al contrato suscrito el 13 de junio de 2003, así como la pérdida de vigencia de las pensiones de naturaleza extralegal o convencional con la entrada en vigor del Acto legislativo 01 de 2005, la imposibilidad de aplicar de manera retrospectiva la convención colectiva aportada, además que no se allegó la vigente en el momento que cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicios.

En primer término es de precisar que el demandante cumplió el requisito de tiempo de servicios el 2 de diciembre de 2001 toda que su vinculación se realizó el mismo día y mes de 2001; y el de la edad lo cumplió el 16 de diciembre de 2005, pues, su nacimiento ocurrió el día y mes indicados de 1955. Sin embargo se echa de menos en el plenario acuerdo convencional vigente en 2005 y teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos reclamados por el actora, resulta indispensable analizar la convención colectiva que sirve de fuente a los pedimentos de la demanda, toda vez que sólo así es posible determinar en qué términos se encuentran contemplados los beneficios que, según se indica en el libelo genitor, están consagrados en el artículo 34 de la Convención Colectiva de Trabajo con vigencia 2004 a 2007, suscrita entre Codensa S.A. y Sintraelecol, como los señaló en los alegatos presentados ante el juzgado de conocimiento y lo indicado en la alzada; de ahí que, al no obrar en el plenario la referida convención, documento que por lo demás debe ser allegado con las formalidades del artículo 469 del CST, resulta imposible estudiar el reconocimiento prestacional bajo esa convención, pues no se tiene conocimiento de los derechos extralegales allí contemplados, no obstante que en las convenciones posteriores se encuentran incluidos los derechos no denunciado, como lo reconoció el representante legal de la demandada en su interrogatorio.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral- se ha pronunciado así:

“[...] No puede pues acreditarse en juicio la existencia de una convención colectiva como fuente de derechos para quien la invoca en su favor sino aduciendo su texto auténtico y el del acta de su depósito oportuno ante la autoridad laboral o cuando menos para esto último, mediante certificación de dicha autoridad sobre el hecho de haberse depositado dentro del plazo hábil la convención.

[...] Se trata pues, de un acto solemne, para cuya demostración en juicio es necesario aportar a éste la prueba de haberse cumplido con las formalidades integrantes de la solemnidad. Una de ellas es el escrito en que conste el acto jurídico, otro el depósito de la copia del mismo ante la autoridad de trabajo, dentro de un plazo determinado. Es obvio que quien pretenda hacer valer en juicio derechos derivados de la convención, debe presentarla en copia expedida por el depositario del documento...” (Sentencia del 20 de mayo de 1976).

De suerte, que quien alega como fundamento de sus derechos una convención colectiva de trabajo, debe aportarla en los términos antes indicados, allegando no solo su texto, sino igualmente que en aquella se verifique la constancia de depósito.

Ahora, al revisar la documental aportada al proceso observa la Sala que el único texto convencional aportado al proceso con constancia de depósito, es la vigente entre el 1° de julio de 2015 hasta el 30 de julio de 2018, conforme al art. 71 (folios 153 a 185 del expediente digitalizado) observa la sala el citado artículo se refiere a “Cuotas a la seguridad social”, sin embargo, en el artículo 41 se acordó:

Pensión de Jubilación.

Régimen Especial:

- 1. La EMPRESA reconocerá la pensión de jubilación a los trabajadores vinculados antes del 31 de diciembre de diciembre de 1991, en la siguiente forma:*
 - a) En la cuantía determinad por la Ley a los rabajadores que hayan adquirido ese derecho, es decir, VEINTE (20) años de servicio en entidades oficiales y CINCUENTA (50) años de edad, siendo reemplazados preferencialmente por los trabajadores de la EMPRESA que reúnan los requisitos indispensables en cuanto a la idoneidad y capacidad, siempre y cuando sea necesario proveer dichas vacantes.*
 - b) A los trabajadores que cumplan CINCUENTA (50) años de edad y hayan prestado exclusivamente sus servicios a la EMPRESA en forma continua o discontinua por más de VEINTE (20) años de acuerdo los porcentajes establecidos en la siguiente tabla: (...)*
 - c) Cuando un trabajador cumpla VEINTICINCO (25) años de servicio a la EMPRESA en forma continua o discontinua tendrá derecho a la pensión de jubilación sin tener en cuenta la edad y de acuerdo con el porcentaje establecido para este caso en el literal b).*
 - d) En todos los casos después que el trabajador haya cumplido CINCUENTA (50) años de edad y VEINTE (20) años o más de servicios, la EMPRESA se reserva el derecho de pensionarlo o aceptar que continúe como trabajador activo hasta el límite de VEINTICINCO (25) años de servicio, cuando será pensionado.*
 - e) (...)*

Así es claro que en dicha convención colectiva se estableció el derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación especial de carácter extralegal para los trabajadores de Codensa S.A. ESP en los termino indicados. Pero no

hay que perder de vista que con la modificación introducida a través del Acto Legislativo 001 de 2005, se infiere que las normas pensionales contempladas en los pactos, convenios, laudos o acuerdos válidamente vigentes a 29 de julio de 2005 (fecha de vigencia del acto) continuarán hasta la fecha inicialmente pactada, sin que sea posible establecer condiciones más favorables entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010, a las vigentes en el sistema general de pensiones; con todo, perdieron su vigencia en esta última fecha. En razón a que su objetivo es lograr mayor equidad y cobertura en el sistema de pensiones y aminorar las posibilidades de una debacle fiscal, lo que responde al imperativo de universalización de la seguridad social. Al respecto, la Corte Constitucional dijo: “Las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad (sic) de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema (artículo 48 CP, adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005). Ello explica que esta Corte haya puesto de presente que el Legislador no está obligado a sostener en el tiempo las expectativas que tienen las personas, conforme a las Leyes vigentes, en un momento determinado. Su potestad de configuración legislativa le habilita a modificar los regímenes jurídicos en función de nuevas variables, razones de oportunidad o conveniencia, y a otros intereses y circunstancias contingentes que deba priorizar para lograr los fines del Estado Social de Derecho, desde luego, consultando parámetros de justicia y equidad, y con sujeción a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.

Corolario de lo anterior, a partir del Acto Legislativo número 01 de 2005, la “negociación colectiva”, en lo acá pertinente y en sentido estricto, se limita a la fijación de las condiciones de trabajo que habrán de regir mientras subsista el contrato de trabajo (art. 467 del CST), salvo el señalamiento de las condiciones relativas al régimen de pensiones, que queda en manos del legislador o constituyente. Así se concluye de la lectura del párrafo 2º del Acto Legislativo antes referido: “A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”

A su vez la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al analizar el contenido de este artículo indicó:

¹ Sentencia C-242 de 2009.

"(...)De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivos de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico.

En adelante, sólo el legislador -y dado el caso, el propio constituyente- están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones...

Lo que significa, que por voluntad del constituyente, las disposiciones convencionales respecto de las pensiones de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, ello con el propósito de que esta materia sea regulada exclusivamente por la ley de seguridad social, la cual tiende a evitar la proliferación de pensiones a favor de un mismo beneficiario y a acabar los dispersos regímenes en ese aspecto, procurando con ello cumplir con los fines y principios que le fueron asignados y que aparecen consignados en el Título Preliminar, Capítulos I y II de la Ley 100 de 1993 y el artículo 48 de la Carta Política.

En este orden de ideas, a partir del 31 de julio de 2010 perderán vigor "Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo", pero no los derechos que se hubieran causado antes de aquella data al amparo de esas reglas pensionales, como es el caso de los reajustes pensionales objeto de condena que se concedieron mientras la norma convencional que los creó estaba rigiendo."²

Así, no resulta posible jurídicamente acceder al reconocimiento pensional pretendido bajo los parámetros del artículo 41 convencional antes transcrito. Acotando que los derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley y en este caso en la convención, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier tiempo, mientras que, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico. La H. Corte Constitucional en sentencia C-147 de 1997 reiteró que para que se consolide un derecho es necesario que antes de que opere el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias para adquirirlo. En tal oportunidad sostuvo que " se configuren derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona." Aclarando posteriormente que "la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales."

² Sentencia del 23 de enero de 2009, Radicación No 30077, M.P José Gnecco Mendoza, Luis Javier Osorio, ratificada en sentencias con Radicación No 43851, 45402, 34822 y 40094 entre otras.

Ahora, si bien es cierto que las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia del acto legislativo, se mantendrán por el término inicialmente pactado (parágrafo transitorio No. 3), la máxima corporación del trabajo a partir de un estudio a la materia, efectuado en sentencia No. 49768 de 2015, estableció dos reglas de la siguiente manera, una primera que consiste en que la expresión “termino inicialmente pactado” hace alusión al tiempo de duración pactado entre las partes en un acuerdo convencional, el cual durara por ese periodo de vigencia, si estaba en curso al momento de la implementación de la reforma constitucional, lo anterior, con la necesidad de respetar y darle efectos a los términos negociados por las partes; y una segunda regla, que acoge las mismas posturas precedentes, sin embargo, en los casos de que la convención colectiva de trabajo fuere objeto de prorrogas sucesivas la prestación pensional surge hasta el 31 de julio de 2010, ya que la renovación de la misma se produce por orden legal, mas no por acuerdo de voluntades, y como se indicó en precedencia al plenario no se allegó convención colectiva anterior que consagre el derecho antes prestacional extralegal antes de la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 y que se hubiesen extendido hasta la última fecha indicada. Acotando que como lo advirtió el a quo el demandante al suscribir el otrosí al contrato de trabajo el 13 de junio de 2003, en la cláusula cuarta de manera expresa se acordó que al varia su régimen salarial al de salario integral y dada la modalidad del cargo a ocupar de Subgerente Regional Cundinamarca de la Empresa de Energía de Bogotá, se excluía de la aplicación de los beneficios de la convención colectiva (fls 65 a 67 del expediente digitalizado); circunstancia que igualmente ocurrió con la suscripción del contrato de trabajo de 13 de marzo de 2009 para desempeñarse como Gerente Técnico, conforme el parágrafo segundo de la cláusula segunda (fls 68na 72 del expediente digitalizado), por lo que es claro ello implicó una renuncia expresa a dichos beneficios mientras se mantuvo tal condición hasta la suscripción del último contrato con Codensa S.A. ESP el 21 de enero de 2011, cuando fue designado como Asesor de la Gerencia Técnica (fls 76 a 79 del expediente digitalizado; además que como se indicó en precedencia al plenario no se alegó acuerdo convencional que establezca el derecho prestacional reclamado, durante los periodos que era beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la

demandada y Sintraelecól. De manera que no queda otra alternativa que confirmar la sentencia apelada.

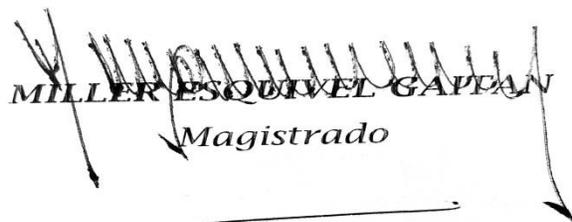
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas de esta instancia a cargo del demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$400.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Las partes quedan notificadas en estrados.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GERMÁN ÁVILA VELANDIA CONTRA OPERADOR SOLIDARIO DE PROETARIOS TRANSPORTADORES S.A.S. COOBUS S.A.S. y EMPRESA DEL TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020 y fue objeto de aclaración en providencia del 10 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral Circuito de esta ciudad, en el asunto de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Germán Ávila Velandia, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Operador de Bus del Sistema Integrado de Transporte Público Coobus S.A.S., y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., para que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó por causal imputable al empleador sin justa causa; en consecuencia se condene a las demandadas a pagar salarios y primas de servicios causados desde el 15 de

julio al 5 de enero de 2016; cesantías e intereses a las cesantías, y vacaciones por el tiempo laborado; aportes a seguridad social integral y caja de Compensación Familiar adeudados, indemnización de que trata el artículo 65 CST, indexación de las sumas adeudadas; lo probado ultra y extra petita, junto con las costas.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 2 a 4 del expediente, en los que en síntesis indicó que: entre las demandadas celebraron un contrato de concesión para la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación del servicio de transporte público de pasajeros dentro del esquema SITP, que el actor tenía subordinación tanto de Transmilenio S.A. como de Coobus S.A.S., conforme al contrato de concesión que entre las accionadas; indica que celebró contrato de trabajo a término indefinido con Coobus S.A.S. el 18 de diciembre de 2012, desempeñando el cargo de operador de bus zonal con salario básico inicial de \$750.000,00 más bonificación de \$300.000 mensuales de las cual se descontaba por incumplimientos o sanciones económicas previstas en el contrato de concesión, en 2013 se incrementó el básico a \$850.000, obteniendo un promedio mensual de \$1.689.898,00 mensuales incluyendo el trabajo suplementario, señala que la labor fue ejecutada de manera persona, atendiendo instrucciones del empleador y Transmilenio S.A., cumpliendo con el horarios de trabajo y turnos señalados por estos, sin presentarse queja en su contra, que en abril de 2014 la empresa dejó de funcionar intempestivamente y sin autorización por las autoridades laborales; presentó derecho de petición ante Transmilenio S.A. y esta el 20 de febrero de 2017 en cual fue respondido de manera negativa excusándose en su falta de responsabilidad más sin embargo es dicha empresa quien da la orden de desvinculación de conductores a la gerente de Coobus S.A.S. y ésta termina el contrato en cumplimiento de lo ordenado por la Supersociedades en auto de apertura de la liquidación de la sociedad en agosto de 2016, sin el pago de acreencias.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada Coobus S.A.S., en legal forma y dentro de término mediante escrito

obrante a folios 46 a 52 de las diligencias, en la que se opone a las pretensiones indicando que dentro del proceso de insolvencia y liquidatorio se tuvo en cuenta las acreencias laborales del demandante que se pagará como gastos de administración una vez realizado el activo, respecto de los hechos acepta la existencia del contrato entre Coobus SAS y Transmilenio S.A., la vinculación laboral con el demandante, el cargo y salario y la apertura del proceso liquidatorio y las reclamaciones hechas por el demandante y niega los demás señalando que no le constan sin proponer excepciones.

La demandada Transmilenio S.A. dio contestación a la demanda mediante escrito de folios 64 a 73 del plenario, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos acepta únicamente los relacionados con la celebración de contrato de concesión entre las sociedades demandadas, así como los relacionados con la suscripción del contrato de trabajo entre el demandante y Coobus S.A.S. y las suscripciones de modificaciones salariales inicialmente pactadas entre ellos y niega los demás. Propuso como excepciones las de, falta de legitimación en la causa por pasiva de Trasmilenio S.A., inexistencia de relación laboral entre el demandante y Trasmilenio S.A., inexistencia de responsabilidad solidaria, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción, buena fe y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia atrás referida (fls. 83 cd, 84 y 85 acta) en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre Germán Ávila Velandia y Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A. desde el 18 de diciembre de 2012 al 19 de agosto de 2016, y condena a la antes mencionada sociedad a pagar al demandante las sumas de \$20.316.666 por salarios, \$3.060.555 por cesantías, \$1.178.434,00 por intereses a las cesantías, \$2.122.708,00 por compensación de vacaciones, \$2.986.805,00 por prima de servicios; sumas que deberán ser indexadas al momento del pago; \$3.181.666 por indemnización por despido sin justa causa; al pago de aportes pensionales dejados de pagar entre el 18 de

diciembre de 2012 y el 19 de agosto de 2016, teniendo como IBL la suma de \$1.150.000,00, al fondo de pensiones que se encuentre afiliado y por las costas procesales. Así mismo la absuelve de las demás pretensiones; declara probadas las excepciones propuestas por Trasmilenio S. A. denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de relación laboral entre el demandante y Trasmilenio S.A. y la absuelve de todas las pretensiones formuladas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo el demandante la recurre en apelación centrando su inconformidad ante la falta de declaratoria de la solidaridad de Trasmilenio S.A. en el reconocimiento y pago de las acreencias laborales ordenas a su empleadora Coobus S.A.S, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 del CST, por ser Trasmilenio S.A. el beneficiario de la labor al ser el encargado de gestión, organización y planeación del servicio de transporte público de pasajeros y con ocasión de ello se suscribió el contrato de concesión 005 de 2010 para la explotación y transporte de pasajeros, por lo que la solidaridad en los términos antes indicados debió ser declarada. También insiste en el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, señalando que se debió dar estricta aplicación a lo previsto en el artículo 29 de la ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del CST, teniendo en cuenta que la demandada fue presentada en tiempo y en razón a que hubo lugar al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones causadas a la terminación del contrato, las cuales aún no han sido cubiertas.

ALEGANTOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante y Trasmilenio S.A. presentaron alegaciones en esta instancia. La parte actora insiste en que se declare la responsabilidad solidaria de Trasmilenio S.A. en razón a que fue vinculado al proceso con ocasión del contrato suscrito con Coobus S.A.S, para la explotación de los servicios de transporte, siendo esa entidad la beneficiaria de la labor del promotor conforme las previsiones del artículo 34 del CST, de

igual manera pide que se conceda la indemnización moratoria dadas las condenas a salarios y prestaciones sociales que fueron ordenadas por el fallador de instancia.

Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., insiste en que se confirme la decisión de primera instancia el cual según su dicho e que el fallo apelado atiende a los parámetros establecidos en el artículo 305 del Código General del Proceso, disposición aplicable por remisión al proceso laboral, en el sentido que se profirió en consonancia con los hechos y pretensiones del libelo introductorio, de tal manera que, el argumento del apelante relacionado con el no estudio de la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo resulta ajeno a sus pedimentos iniciales, situación que fue advertida por el a quo.

C O N S I D E R A C I O N E S

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a examinar los puntos de censura propuestos por la parte demandante que se centran a la indemnización moratoria y la solidaridad no dispuestas por el fallador de instancia.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de discusión en esta instancia que entre el señor Germán Ávila Velandia y Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A.S. existió un contrato de trabajo desde el 18 de diciembre de 2012 al 19 de agosto de 2016, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de operador de bus zonal en el esquema SITP, devengando como salario al momento de la terminación del contrato \$1.150.000,00. A tal conclusión llegó la juez de primera instancia, y sobre la cual no se presentó controversia en la alzada.

DE LA SOLIDARIDAD

De entrada resulta pertinente precisar que para la Sala es equivocada la apreciación del fallador de instancia para negar la responsabilidad de la

Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., por el hecho de no haberse expresado que se demandaba de manera solidaria a esta empresa S.A., pues de los fundamentos fácticos, como de derecho, es claro que Trasmilenio S.A. fue convocada como obligado solidario al ser beneficiario de la obra o labor en virtud del contrato suscrito entre ésta y Coobus S.A. el cual dio lugar a la vinculación laboral del actor con esta última, por lo que se procede a hacer su estudio.

La obligación es el vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra. Es una obligación solidaria cuando impide la división normal de las obligaciones subjetivamente complejas cuyo objeto sea naturalmente divisible, haciendo que cada acreedor o cada deudor lo sea respecto de la totalidad de la prestación (in solidum), esto es, que mediante esta solidaridad hace que cada deudor deba pagar la totalidad de la deuda o prestación y cada acreedor deba exigir la totalidad del crédito. Solidaridad que debe estar expresamente señalada en la ley o convenida por cada uno de los deudores o acreedores (art. 1.568 del CC), no puede entonces de manera unilateral y sin que exista ley o convenio que la consagre exigirse.

En el campo laboral existen obligaciones solidarias tal como lo prevé los artículos 33.2, 34, 35.3, 36 y 69.1 del CST en consonancia con lo previsto en el artículo 1568 del CC, esto es del director de la agencias o sucursal cuando omite dar aviso al empleador de la existencia de procesos cuando ha sido debidamente notificado, del beneficiario del trabajo o dueño de la obra y el contratista, el socio en las sociedades de personas, cuando el intermediario no declara su calidad en el momento del enganche y en el caso de la sustitución patronal, por las obligaciones laborales causadas a la fecha de la sustitución.

Entonces resta examinar si por ley está obligada solidariamente la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. a responder por las acreencias laborales a cargo de Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A. ordenadas a través de la sentencia emitida por el a quo, o si por el contrario está excluida de la misma.

El artículo 34 del CST, señala:

“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”

Se da en el caso de la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra dos relaciones jurídicas diferentes, la primera, entre la persona que encarga la realización de la obra o labor y la persona que la realiza y, la segunda, entre quien cumple la labor y los colaboradores que para tal fin emplea, además se requiere que las actividades contratadas no sean extrañas a las desempeñadas por el beneficiario o dueño de la obra. La institución de la solidaridad tiene por finalidad la protección de los trabajadores ante la actuación del contratista independiente, cuando éste no paga los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de orden laboral. Por ello, quien pretenda obtener el pago de derechos laborales provenientes de los dueños de la obra o beneficiarios de la labor “Debe probar: el contrato de trabajo con éste; el de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos...Son estos los presupuestos de derecho que en favor del trabajador establece la disposición legal en examen” como así lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 8 de mayo de 1961.

En el caso de autos, no se discute la existencia de la relación laboral contractual entre el demandante y la Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A., la controversia se centra en establecer si la demandada en solidaridad Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A, es la beneficiaria de la labor desarrollada por trabajador demandante en virtud del contrato de concesión suscrito entre las dos empresa antes nombradas.

En el caso de autos, se encuentra debidamente acreditado que a las demandadas las vinculó el contrato de concesión No. 005 en la que Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. es concedente y Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A. es concesionaria , el cual tuvo como objeto: “Otorgar la Concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios, la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del sistema integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, en la Zona 3) FONTIBON, bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente contrato y en el pliego de condiciones de la licitación.

Dicha concesión otorgara el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al CONCESIONARIO las siguientes zonas en que se ha dividido la ciudad para la prestación del servicio de Transporte Público Masivo de pasajeros bajo el esquema SITP: 1) USAQUEN. 2) ENGATIVA, 3) FONTIBON, 4) SAN CRISTOBAL que hacen parte de las trece (13 zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá...” (cd fl. 42).

Además de lo anterior en el acápite de obligaciones del concesionario, se consignó en relación con la prestación del servicio público de transporte urbano que debería, “cumplir y hacer cumplir de sus empleados, agentes, dependientes, contratistas o subcontratistas, los manuales y reglamentos vigentes o que llegue a expedir Transmilenio S.A. y en forma expresa cumplir y hacer cumplir el régimen sancionatorio previsto. A su vez, el Acuerdo No.04 de 1999, determina como objeto de Transmilenio S.A. , “...la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor, en las condiciones que señalen las normas vigentes, las autoridades competentes y sus propios estatutos”. Y de conformidad con lo señalado en el Decreto 831 de 1999 que reglamenta el Acuerdo Distrital 04 del mismo año, se señala:

“Artículo 2º.- Definición del Sistema Transmilenio. De conformidad con la Ley 86 de 1989, el Sistema Transmilenio se encuentra integrado por la combinación organizada de infraestructura, predios, equipos, señales, paraderos, estaciones utilizados para la eficiente y continua prestación del servicio público esencial de transporte masivo de personas, a través de buses dentro del perímetro urbano de Santa Fe de Bogotá, D.C.

Artículo 3º.- Gestión del Sistema Transmilenio. De conformidad con los Acuerdos del Concejo de Santa Fe de Bogotá 6 de 1998 y 4 de 1999, y con el presente Decreto, le corresponde a TRANSMILENIO S.A., la gestión, organización, planeación, supervisión, regulación, control y responsabilidad del Sistema de Transporte Público Masivo Urbano de Pasajeros en el Distrito Capital bajo la modalidad de transporte terrestre automotor,

en las condiciones que señalen las normas vigentes y según las políticas generales que determine la Secretaría de Tránsito y Transporte...

Artículo 6º.- *Contratos de Concesión para la Operación del Sistema Transmilenio. De conformidad con los Acuerdos 6 de 1998 y 4 de 1999, corresponde a TRANSMILENIO S.A., mediante contratos de concesión adjudicados en licitación pública vincular a la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, a las empresas interesadas en explotar económicamente dicha actividad dentro del Sistema Transmilenio. Igualmente, mediante el contrato de concesión, Transmilenio S.A., otorgará a los adjudicatarios de las licitaciones respectivas el permiso de operación para el desarrollo de la actividad de transporte público de pasajeros en el Sistema Transmilenio, tal como lo autorizan los artículos 19 de la Ley 336 de 1996 y 3 numeral 7 de la Ley 105 de 1993.*

En todo caso, conforme a lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 3 del Acuerdo 4 de 1999, la sociedad Transmilenio S.A., será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección, o cuando se suspendan o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o en los contratos, a efectos de lo cual podrá prestarlo directamente de manera transitoria.

De lo anterior, se extrae que las labores desarrolladas por la contratista Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A. en virtud del contrato especial de concesión celebrado con Transmilenio S.A., no son extrañas a las actividades que a ésta competen. Aunado que, la sociedad empleadora, fue creada para operar la concesión otorgada el contrato 05 de 2010, bajo las condiciones de la licitación pública ofrecida por Transmilenio S.A., razón por la cual no podía prestar un servicio diferente al establecido toda vez que fue constituida únicamente para darle ejecución a éste; así mismo que el demandante fue contratado en desarrollo del "...contrato especial de concesión celebrado entre las empresa de marras para desempeñarse como operador de patio bus del sistema integrado de transporte público SITP (fl 19 a 24)

Del estudio de las anteriores pruebas resulta para la Sala que como el objeto del contrato suscrito entre Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A. y Transmilenio S.A. está intrínsecamente vinculado con el de esta última, en razón a que ésta se constituyó para la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la modalidad de transporte terrestre automotor, además que de la lectura del mencionado contrato especial de concesión que Coobus S.A., ejecutó sus labores a nombre de Transmilenio S.A., que ésta se beneficiaba de la labor o trabajo desarrollado por aquel y que dichas labores eran conexas con las de la

Transmilenio S.A.; ésta es solidariamente responsable de las obligaciones laborales del accionante, por lo que resulta imperativo revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar condenar solidariamente a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. a responder por las acreencias laborales a cargo de Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A. ordenadas a través de la sentencia emitida por el a quo, pues no se presenta en este asunto, la excepción prevista en el artículo 34 CST a la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra, esto es, que la actividad desempeñada por el actor sea ajena o extraña a las funciones propias y normales del beneficiario.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Alega la parte actora que en el caso sub examine debe ser condenada la empresa demandada al pago de la indemnización moratoria, sin embargo resulta adecuado acotar que en la decisión emitida en primera instancia la demandada fue condenada al pago de los salarios y prestaciones sociales debidamente indexados, lo que de suyo implica que no puede ordenarse a la encartada que cancele la indemnización moratoria, por la potísima razón de que la indexación y la indemnización moratoria son excluyentes “Cuando se impone judicialmente la sanción establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no hay lugar a la indexación de los créditos laborales que fundamenten esa condena, pues en tal evento aquella sanción, específica de la ley laboral y normalmente más favorable para el trabajador, le compensa los perjuicios sufridos como consecuencia de la mora del empleador renuente a pagar a la finalización de la relación laboral los salarios y prestaciones a su cargo.”¹ Criterio que ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia 30 de abril de 2013, radicación 45.765; en la que precisó:

“En tanto que con arreglo a reiterada jurisprudencia de la Sala, la condena a indemnización moratoria es incompatible con la indexación, puesto que la primera incluye los perjuicios concernientes a la devaluación de la moneda que derivan del no pago oportuno de las acreencias laborales que da lugar a ella, y que se corrige con la actualización de la moneda cuando no cabe el resarcimiento integral de perjuicios que deviene del proceder calificado como desprovisto de buena fe por el juzgador, se habrá de casar la sentencia también en cuanto confirmó la indexación de las condenas.

En providencia de 20 de mayo de 1992, rad. N° 4645, se estableció dicho criterio reiterado en la de 7 de julio de 2010 rad. N° 36897 en un proceso contra la aquí demandada.”

¹ CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia del 6 de septiembre de 1995, Rad. 7623.

Bajo tales presupuestos, es de rigor de la sala confirmar la providencia proferida por el fallador de primera instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

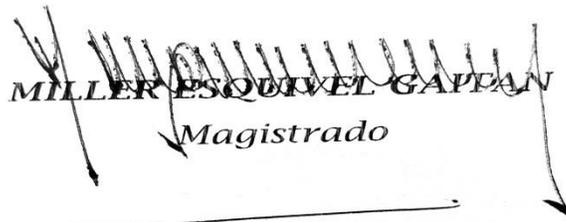
RESUELVE

Primero.- Revocar el ordinal sexto de la parte resolutive de la sentencia apelada, para en su lugar condenar solidariamente a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. a responder por las acreencias laborales a cargo de Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A., ordenadas a través de la sentencia emitida por el a quo. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Segundo.- Confirmar la sentencia apelada en lo demás.

Tercero.- Sin costas en esta instancia. Las impuestas en primera instancia también lo serán a cargo de Transmilenio S.A. dadas la results del recurso.

Notifíquese y Cúmplase


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

