



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **037 2017 00535 01**
DEMANDANTE: CLARA NELY SUAREZ LOPEZ
DEMANDADO: **DECIBELES SAS** y **TELMEX COLOMBIA SA;**
llamadas en garantía: **Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.** y **La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza**

Bogotá DC, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 23 de agosto de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 02 de octubre de 2000 y hasta el 01 de abril de 2016, que terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte de Telmex Colombia SA; que Decibeles SAS actuó como simple intermediaria; y que, la bonificación mensual percibida por la actora tiene carácter salarial. En consecuencia, que se condene al pago de cesantías, prima de servicios y vacaciones a que tenía derecho al final de la relación; el reajuste del salario con el IPC del año 2016 y con la inclusión de la bonificación mensual desde el 1° de octubre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2015; el consecuente reajuste de las cesantías, intereses a las cesantías, aportes al sistema de seguridad social, junto con la indemnización por despido sin justa causa, la prevista en el artículo

99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del CST.

De manera subsidiaria solicita se declare la existencia del contrato con Decibeles SAS en calidad de empleadora, en el que Telmex SA es solidariamente responsable, con iguales pretensiones de condena (f.º 1 a 13).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, informó que entre las empresas Telmex Colombia SA y Decibeles SAS existieron vínculos comerciales que tenían por objeto la ejecución de procesos para la operación de tv por cable; que Telmex Colombia SA en virtud de esa relación comercial, el 26 de abril de 2007 le hizo firmar un contrato de trabajo a término indefinido, en el cual se registra como empleador a Decibeles SAS, el que se ejecutó desde el 02 de octubre de 2000, y para desempeñar el cargo de asistente general; que en su vigencia desarrolló funciones afines a la operación de tv por cable y a la solución de inconvenientes con los celulares que estaban asignados a la operación de Claro, para el manejo de líneas celulares que Claro asignó a Decibeles SAS.

Señaló que fue ascendida al cargo de coordinadora administrativa y financiera, las funciones allí asignadas correspondían a la realización de inventarios, control de móviles, responsable de bodega, manejo de caja menor, control de dinero, cruce de cuentas, bajo el cumplimiento de órdenes del personal vinculado a Telmex Colombia SA; que le fue reconocida una bonificación mensual desde el año 2009 por Telmex Colombia SA, a través de la empresa intermediaria, la que no tuvo incidencia salarial. Finalmente adujo que el 1º de abril de 2016 se dio por terminada la relación laboral de forma unilateral y sin justa causa. (f.º 13 a 21).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, luego de subsanada fue admitida el 29 de enero de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 229), quien dio respuesta en término oportuno.

Mediante auto de 1º de octubre de 2018, fue admitida la reforma de la demanda, en la cual se solicitó el decreto de una prueba testimonial (f.º 436 y 437).

Decibeles S.A.S compareció al proceso mediante *Curador Ad-Litem*, quien en su escrito de contestación manifestó que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el vínculo que sostuvo la demandante con esta demandada. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, y enriquecimiento sin justa causa (f.º 414 a 423).

Telmex Colombia S.A.S, contestó con oposición a todas las pretensiones, manifestó que la demandante no prestó servicios a su favor, y que no fungió como empleadora. Aceptó que tuvo un vínculo comercial con la empresa Decibeles SAS en el cual se acordó la prestación de servicios relacionados con actividades de obra civil, construcción, levantamiento de mapping y diseño de redes HFC. En su defensa propuso como excepciones de mérito, las de inexistencia de contrato de trabajo con Telmex Colombia SA, inexistencia de solidaridad, falta de causa material, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, pago, prescripción y buena fe (f.º 312 a 353).

Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., llamada en garantía por Telmex Colombia SAS, manifestó que en tal calidad que no le constan los hechos, no obstante, adujo que Telmex jamás sostuvo una relación laboral con la actora y que en el plenario se logra acreditar que la verdadera empleadora es Decibeles SAS. Adicionó, que en caso de tener a Telmex como verdadero empleador, a esa sociedad le incumbe el pago de salarios y prestaciones, como quiera que la póliza afianzó únicamente el incumplimiento salarial y prestacional de Decibeles SAS. Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de cobertura frente al incumplimiento del objeto contratado en la póliza de cumplimiento a favor de particulares originado en virtud de la ejecución del contrato de levantamiento de mapping, coexistencia de seguros, cobro de lo no debido por ausencia de solidaridad, exclusión en el pago de rubros que no se hayan determinado en la carátula de la póliza de cumplimiento, prescripción, límite del valor asegurado, y buena fe (f.º 498 a 517).

La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, contestó el llamamiento en garantía, indicando que los hechos no le constan; sostuvo que en caso de declararse un contrato realidad con Telmex Colombia SA, se debe absolver a esa aseguradora, como quiera que las pólizas de cumplimiento no cubren acreencias laborales a cargo de Telmex Colombia SA. Formuló como excepciones las de inexistencia de solidaridad entre garantizado y asegurado,

consecuente absolución de la asegurada e inexigibilidad del contrato de seguro, prescripción, pérdida de eficacia del llamamiento en garantía de Telmex Colombia SA, al haberse notificado a Confianza SA de manera extemporánea, ausencia de cobertura en caso de ser condenado Telmex Colombia SA como verdadero empleador, inexigibilidad de la póliza 01cu032431- no hay relación entre la actividad realizada por la demandante y el objeto del contrato garantizado; vínculo laboral fuera de la vigencia de la póliza, ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas por fuera de la vigencia de la póliza 01cu068897 expedida por seguros confianza, ausencia de cobertura de indemnización moratoria del artículo 65 del CST de indemnización artículo 99 de la ley 50 de 1990 y de cualquier otra indemnización diferente a la del despido sin justa causa (artículo 64 CST), no cobertura de vacaciones, máximo valor asegurado y la genérica (f.º 529 a 537).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 23 de agosto de 2021, declaró que entre la demandante y Decibeles SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de octubre de 2000 y el 1º de abril de 2016, último cargo de coordinadora administradora y financiera, devengando un salario de \$1.290.000; condenó al empleador a reconocerle y pagarle auxilio de cesantías del 15 de febrero de 2015 al 1º de abril de 2016 en suma de \$1.454.833; intereses sobre las cesantías por ese periodo por \$57.327; primas de servicio del 1º de enero al 1º de abril de 2016 por \$326.083; vacaciones compensadas del 12 de diciembre de 2005 (sic) al 1º de abril de 2016 por \$198.875; indemnización por despido por \$14.691.552; indemnización moratoria del art. 65 del CST, a \$30.960.000 hasta el mes 24, a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, respecto de las prestaciones sociales objeto de condena. Declaró solidariamente responsable de las condenas a Telmex Colombia SA; y que, las llamadas en garantía en virtud de las pólizas 3801311000751 expedida por Mapfre y 01CU068897 expedida por Confianza, deben responder por las condenas dentro de los límites de las pólizas, la primera por cesantías, intereses a las cesantías, y primas de servicio, y la segunda por la indemnización por despido, e indemnización moratoria; absolvió de lo demás y condenó en costas a las demandadas.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en **(i)** determinar si Telmex Colombia SA fungió como verdadero empleador, **(ii)** establecer si Telmex

Colombia SA es responsable solidario de las condenas que se imponen, **(iii)** determinar si la bonificación mensual percibida por la demandante es factor salarial y si hay lugar a la reliquidación de los salarios y prestaciones, **(iv)** si la demandada pagó las acreencias que correspondían al final del vínculo, **(v)** establecer si hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa, **(vii)** la procedencia de la indemnización prevista en el artículo 65 del CPTSS, que refiere a la indemnización por mora y la sanción por la no consignación de las cesantías, y la **(viii)** la responsabilidad de las llamadas en garantía.

Estimó que, de acuerdo con las pruebas aportadas y los testimonios recaudados en el proceso, la prestación personal del servicio quedó demostrada a favor de la demandada Decibeles, y por ello declaró la existencia de la relación laboral. Encontró acreditado el vínculo comercial entre Decibeles SAS y Telmex SA, y tuvo por demostrada la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST, pues las actividades desarrolladas por la demandante si bien eran administrativas, lo cierto es correspondía a la programación de la actividad de los técnicos que realizan la instalación y mantenimiento de redes; además debía atender y dar respuesta a los requerimientos que los usuarios de Telmex tuvieran con relación al proceso de instalación de redes. Con lo anterior se garantizaba la prestación de los servicios de telecomunicaciones ofertados por la empresa contratante

Con relación a la bonificación mensual que percibía la demandante, el *a quo* advirtió que de las certificaciones aportadas no se puede establecer su pago habitual o permanente. Adicionalmente, dijo que no se acreditó que estos pagos fueran retribución directa del servicio. En virtud de lo anterior absolvió sobre las pretensiones de reliquidación. En lo que tiene que ver con el pago de las acreencias debidas al finiquitar el vínculo, consideró que al no haberse acreditado su pago, procedía la condena por cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicio.

Condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, como quiera que la invocada en la carta de terminación (desmejora en la situación financiera de la empresa) no se encuentra dentro de las enlistadas en el artículo 62 del CST. Impuso condena por indemnización moratoria, al establecer que la desmejora en la situación económica de la demandada, no la exonera de esta sanción. No impuso condena por no consignación de cesantías de los años 2015 y 2016, que por su causación no pudieron consignarse

oportunamente. Además, consideró que con la indemnización moratoria se tenía subsumida la afectación a la demandante ante el impago de sus acreencias.

En relación con las llamadas en garantía, al tenor de las pólizas de cumplimiento aportadas por Telmex Colombia SA, como garantía del cumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos de prestación de servicios suscritos entre Telmex Colombia SA y Decibeles SAS, dijo que al acreditarse que la demandante laboró para Decibeles SAS en desarrollo de los citados contratos, impuso condena a Mapfre Seguros Generales de Colombia SA y a la Compañía Aseguradora de Fianzas SA Confianza, de acuerdo a la vigencia de cada póliza.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación expresando que se debió declarar el contrato realidad, pues Telmex se benefició de los servicios de la actora, el juzgado no tuvo en cuenta el interrogatorio de parte de la demandada quien dijo en relación con los correos que se trató de una confesión de la subordinación, mas no de coordinación, además que los coordinadores eran personal de Telmex, tampoco se acreditó que Decibeles impusiera las órdenes, pues según los testigos eran impartidas por Telmex.

En relación con los factores constitutivos de salario, adujo que el entendimiento que se debió dar a la certificación es que estos pagos se recibían de manera mensual, en igualdad de condiciones que los salarios, por ello considera mal valoradas las certificaciones de fº. 78 a 82 y en consecuencia, procede la reliquidación solicitada. En relación con la indemnización moratoria concuerda con lo dicho por el juzgado, en tener por probada la mala fe del extremo demandado, y por ello, se debió impartir condena por no consignación de cesantías. Dijo que debieron reajustarse los salarios, como quiera que es algo que se encuentra previsto sin importar el monto del mismo; y que, Decibeles SAS de manera principal, y solidariamente Telmex Colombia SA, son quienes deben pagar las condenas que se imponen, y no ser trasladadas a las aseguradoras, pues la afectación a la póliza no es oponible a la demandante.

La demandada **Telmex Colombia SA**, inconforme con la declaratoria de solidaridad, señala que existe precedente vertical y horizontal en este sentido, si

bien esta demandada se benefició del servicio lo cierto es que las actividades realizadas por Decibeles no fueron de carácter esencial, en los términos de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral sentencia con Rad 27623. Se advierte la inexistencia de causalidad, pues las actividades desarrolladas por la actora se circunscriben a logística y atender PQR respecto de los daños que sus mismos operarios realizaban. En un caso similar el Tribunal Superior confirmó la decisión de primera instancia, en particular lo concerniente a la solidaridad.

En punto del auxilio de cesantía del año 2015, la demandante en su interrogatorio aceptó haber recibido tales sumas y en igual sentido se pronunció frente a las vacaciones. El *a quo* no se pronunció sobre la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, esto teniendo en cuenta que es diferente el estudio de esta condena cuando se trata del empleador llamado como principal al tener en cuenta los extremos laborales que tuvo la demandante para con ese empleador y cuando es un deudor solidario, quien no tuvo un actuar de mala fe.

La llamada en garantía **Confianza SA**, inconforme con la declaratoria del despido injusto, indica que existe una causa legal para dar por terminado el contrato, pues en virtud del contrato comercial existente entre Telmex y Decibeles, las labores asignadas por Telmex fueron disminuyendo, tanto así, que Decibeles entró en proceso de liquidación. En punto de la solidaridad, quedó claro que desarrollaba actividades administrativas, y no actividades del giro del contrato; que Telmex es un tercero de buena fe. Sobre la condena a cargo de esta llamada en garantía, citó los artículos 1047 y 1056 del CCo, y revisadas las condiciones de este contrato de seguro, no tiene cobertura para indemnización moratoria; el riesgo que se asumió es la indemnización por despido injusto, la cual no aplica en este caso.

La llamada en garantía **Mapfre SA**, aduce que se debió declarar la existencia del contrato realidad con Telmex Colombia SA, y que en realidad existió una intermediación laboral, esto al tener en cuenta el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, por ello las condenas se debieron imponer a cargo de Telmex Colombia SA. Solicita se revoque la solidaridad a cargo de Telmex Colombia SA como quiera que hubo varios contratos comerciales desarrollados entre Decibeles SAS y Telmex Colombia SA, por ello se debe estudiar lo amparado, la fecha de inicio de cobertura no corresponde a la fecha de inicio de labores de la demandante con Decibeles SAS, por lo que no se puede hacer extensiva la póliza a trabajadores vinculados con anterioridad y que no

realizaron las actividades aseguradas. Afirma que se debe tener en cuenta, que el empleador es quien debe cancelar las condenas y por esta vía se debe revocar la solidaridad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 25 de octubre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 556).

La parte demandante, la demandada Telmex Colombia SA, y las llamadas en garantía Mapfre Seguros Generales de Colombia SA y la Compañía Aseguradora de Fianzas SA Confianza presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos, en la demanda, en la contestación de la demanda y en las apelaciones (f.º 557 - 559).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar **(i)** si existió un verdadero contrato de trabajo con la demandada Telmex Colombia SA, en su defecto, si ésta es responsable solidario de las condenas impuestas, **(ii)** si hay lugar al reajuste del salario para el año 2016 con el IPC, **(iii)** si la bonificación mensual percibida por la demandante es factor salarial, procediendo la reliquidación de los salarios y prestaciones, **(iv)** si la demandada pagó las acreencias que correspondían al final del vínculo, **(v)** establecer si hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa, **(vi)** si es procedente la indemnización del artículo 65 del CPTSS a cargo del responsable solidario, **(vii)** si es procedente la sanción por no consignación de las cesantías, y la **(viii)** responsabilidad de las llamadas en garantía.

Contrato de trabajo - Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio,

teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el 2º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, CSJ SL10118-2015, CSJ SL1420-2018, CSJ SL1081-2021, y CSJ SL781-2022).

En ese orden, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 6258. jul. 1994, reiterada en la decisión CSJ SL3345-2021, definió la subordinación como *«la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente»*, lo que conlleva a que son la independencia y autonomía en la ejecución del servicio, los aspectos medulares a los que debe dirigirse el esfuerzo probatorio para desvirtuar la existencia del elemento subordinación, y establecer si la naturaleza jurídica del vínculo es distinta a la laboral.

En el presente caso, tal como se acredita con el contrato de trabajo a término indefinido y las certificaciones laborales expedidas por Decibeles SAS (fº. 51 a 54, 78, 79, 80, 82 y 83), se desprende que la demandante suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Decibeles SAS a partir del 02 de octubre de 2000, lo que fue puesto de presente en la demanda y aceptado en la contestación.

Adicional a ello, se advierte que la demandante suscribió con Decibeles SAS el 26 de abril de 2007 un contrato a término indefinido, en el cual se dejó constancia de la fecha de iniciación de labores el 2 de octubre de 2000, así como del cambio de la modalidad contractual; además se dispuso que el cargo a desempeñar correspondía a asistente general (fº. 51-54).

Además, se acreditó que entre Telmex Colombia SA y Decibeles SAS, se celebró el contrato de prestación de servicios de fecha 1 de abril de 2011, cuyo objeto consistió en el levantamiento de mapping, digitalización de mapping, diseño de redes HFC, elaborar y entregar dibujo del diseño, construcción,

mantenimiento e instalación en redes HFC y control de materiales (en adelante el “TRABAJO” o los “TRABAJOS” o el “SERVICIO” o los “SERVICIOS” según aplique) en los términos y condiciones descritos en el Anexo 1 NIVEL DE ACUERDO DE SERVICIOS, conservando su autonomía en cuanto a tiempo, modo y sistema de realizar su actividad, en calidad de profesional asumiendo la totalidad de los riesgos inherentes a los SERVICIOS y las actividades que vaya a realizar para la prestación de los mismos. Los SERVICIOS objeto de este CONTRATO serán desarrollados sobre la Red coaxial de TELMEX en adelante la “RED”. Esta red está conformada por todos los elementos o dispositivos activos y pasivos que se encuentran desde el NODO (elemento activo que transforma señal óptica en RF (radiofrecuencia) para ser enviada por el cable coaxial) y sus redes coaxiales hasta los dispositivos de usuario en los domicilios de los clientes de TELMEX (f.º 365-377).

Las partes, celebraron un segundo contrato de prestación de servicios n.º D067-2014 de fecha 26 de junio de 2014, cuyo objeto consistió en la construcción y/o instalación y/o mantenimiento de canalización y/o postería, equipos, materiales, elementos para el establecimiento o restablecimiento de redes de fibra óptica en proyectos con entidades públicas o privadas y/o construcción de acometidas y obras civiles internas y/o los servicios de levantamiento de mapping, digitalización de base de datos, planos y de redes HFC, elaboración y entrega del dibujo del diseño, digitación de base de datos, planos y documentación técnica, control de materiales, construcción, mantenimiento e instalación de redes HFC y/o en sistemas de televisión directa por satélite en adelante (DTH) contenidos en las órdenes de trabajo que integran las labores solicitadas por Telmex (f.º 177-221).

Hasta aquí, se tiene que la demandante ingresó a la fuerza laboral de Decibeles SAS el 2 de octubre de 2000 y que el 26 de abril de 2007 se dio un cambio en su vínculo contractual, de lo que se desprende la prestación del servicio a esa demandada. Luego, Decibeles SAS suscribió el 1º de abril de 2011 y el 26 de junio de 2014, contratos comerciales con Telmex Colombia SA, advirtiéndose que la vinculación de Clara Nelly surgió con bastante antelación a la existencia de los citados contratos comerciales, del 2 de octubre de 2000 al 1º de abril de 2011, sin que exista duda respecto a que la relación laboral fue con Decibeles SAS.

Ahora, en relación con las actividades por ella desarrolladas a partir del 1º de abril de 2011, se tiene que el representante legal de la demandada al absolver el interrogatorio de parte explicó que en virtud del vínculo comercial existía un cruce de correos con la demandante en relación con informes, facturación, previa autorización de Decibeles, sin que en ellos se impartieran órdenes, ni evidencie la Sala ningún tipo de subordinación laboral.

Por su parte, la demandante en su interrogatorio dijo que en el cargo de asistente general realizaba actividades que tenían directa relación con la operación de TV por cable, tales como facturación, recepción de PQRS, realización de inventarios, control de operación DTH en ingreso de dineros, control de trabajos realizados, manejo de recursos y demás insumos, solución de inconvenientes con los celulares que estaban asignados a la operación y manejo de líneas de celular que Claro asignó a Decibeles SAS para la operación. En el cargo de coordinadora administrativa y financiera, debía realizar inventarios, controlar móviles, era la responsable de la bodega, entrega de materiales y equipos al personal que realizaba instalaciones de redes externas y de mantenimientos, control de efectividad, atención del área comercial que manejaba Decibeles SAS, manejo de caja menor, pago de anticipos para el traslado de materiales y el envío de equipos que se requerían para el apoyo de la operación, del control del dinero que se recaudaba por DTH, cruce de cuentas, control y revisión de recursos para las ciudades de Neiva, Manizales, Pereira y Bogotá DC, donde manejaban la operación Telmex Colombia SA y Decibeles SAS.

Aseguró, que el vínculo comercial de Decibeles con Telmex era exclusivo, solo para el último año Decibeles desarrolló funciones para otras empresas, en las cuales no participó la demandante. Le entregaron un usuario del sistema de Telmex y la labor se hacía en coordinación con personal de Telmex. Cuando se cambió la imagen de los vehículos, la pintura estaba a cargo de Telmex, y lo relacionado con los documentos lo hacía la demandante en coordinación con personal de Telmex; los supervisores iban a validar que las instrucciones se estuvieran cumpliendo. Manejó inventario de herramientas en Chía, el que se realizaba bajo la instrucción de Telmex.

Los testigos Víctor Eduardo Castellanos y Luis Francisco Fernández, coinciden en afirmar la presencia de supervisores de Telmex en la ejecución del contrato, sin embargo, sus declaraciones no tiene la suficiente fuerza para concluir que se ejerciera con el ánimo subordinante de un empleador. Se precisa

que Víctor Eduardo Castellanos relató que la actora tenía enfrentamiento con el supervisor de Telmex, y tenía la autoridad para defender el trabajo y exigir el pago. Luis Francisco Fernández dijo ser técnico de campo, y por su labor, a pesar de su extensa declaración, no pudo dar cuenta con detalle de lo acaecido en el área administrativa, pues solo hizo referencia a las instrucciones impartidas en las oficinas antes de empezar, en relación con las demás funciones descritas por este testigo es dable calificarlas como de coordinación y programación. Sin que se hubiera hecho relación a sanción por alguna de las partes. Se advirtió que en la operación trabajaban de manera conjunta los supervisores de Decibeles y los supervisores de Telmex, y atendían las diferentes contingencias. En punto de los correos electrónicos, estos hacen referencia a actividades de coordinación y programación.

Considera la Sala que, del amplio caudal probatorio, quedó demostrada la prestación del servicio por parte de la demandante a Decibeles SAS, sin que de manera alguna se pueda advertir algún tipo de subordinación jurídica respecto de Telmex SA, pues tal como lo concluyó el *a quo* la relación laboral nació y se ejecutó con la demandada Decibeles SAS, sin que de las declaraciones recibidas se perciba de manera alguna que mediaron actuaciones de las cuales se desprenda la subordinación jurídica.

Valga resaltar, que en la ejecución de los contratos comerciales y para su cumplimiento y seguimiento, es normal que se integre a la operación supervisores de los dos extremos contratantes, a fin de dar seguimiento y continuidad a los procesos. Adicional, tratándose de un vínculo que generaba exclusividad en los términos de la demandante, la comunicación entre las partes debe ser fluida y permanente en las diferentes áreas, por ello, el cruce de correos electrónicos se torna necesario, más aun, cuando en ellos se incluye información de coordinación y programación.

En consecuencia, se concluye que acertó el juzgador de primera instancia al declarar probada la relación laboral de la demandante Clara Nelly Suárez López con Decibeles SAS, por lo que se **confirmará** la sentencia apelada en este aspecto, advirtiendo que los extremos temporales no están en discusión.

Solidaridad - Para resolver, se considera relevante señalar que tal como lo ha explicado la Corporación de Cierre de esta Jurisdicción, la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST, entre el contratista y quien se beneficia de su

labor, se presenta cuando aquellas actividades prestadas son normales o corrientes a la desarrolladas por quien encargó su ejecución, es decir, que cubren una necesidad esencial, inherente e indispensable, ligada directamente con su objeto social o actividad económica y con la ordinaria explotación o cumplimiento del negocio (CSJ SL611-2018, CSJ SL14692-2017, CSJ SL4400-2014 y CSJ SL 34893, 21 sep. 2010).

Igualmente se ha referido que para determinar la mentada solidaridad, resulta imperioso analizar no solo el objeto social del beneficiario o dueño de la obra y del contratista independiente, sino además las labores desarrolladas por el trabajador.

Siguiendo los parámetros citados, para dirimir la controversia planteada se deben evaluar tres aspectos, que son i). El contrato de trabajo entre Decibeles SAS y el trabajador; ii) La existencia de contrato entre las demandadas; y iii) La relación de causalidad entre los contratos, que consiste en que la obra o labor ejecutada por el demandante pertenezca a las actividades normales o corrientes de quienes encargaron su ejecución.

En este asunto, se reitera que se encuentra acreditado el vínculo comercial entre ambas empresas, en virtud de los contratos comerciales antes descritos.

Adicionalmente, se encuentra probado que la demandante fue contratada por Decibeles SAS, como asistente general y luego fue promovida al cargo de coordinador administrativo y financiero; labor que según confesión extraída del interrogatorio de parte que se le practicó, consistía en funciones administrativas, entre ellas atender la facturación, programar la actividad de los técnicos que realizarían la instalación y mantenimiento de redes, controlar los materiales que se requerían para dicha operación y atender las quejas de los usuarios de Telmex respecto del proceso de la instalación de las redes, dicho en términos generales organizaba la logística de la operación.

También, que el objeto social de Decibeles SAS, se contrae entre otros aspectos, al diseño, construcción, instalación, mantenimiento, comercialización, compra, venta, contratación, prestación de servicios de toda clase de sistema eléctricos, electrónicos y de comunicaciones, y a la realización de construcciones de obra civil relacionadas con el mercado de servicios públicos,

telecomunicaciones y en general toda clase de actividad relacionada con la construcción, consultoría, interventoría y mantenimiento de toda clase de obra o proyecto de ingeniería y arquitectura (f.º 48 a 50).

Y el de Telmex Colombia SA, al desarrollo de actividades y prestación de servicios de Telecomunicaciones (telemáticos, teleservicios, de difusión y de portador) o relacionados con las tecnologías de la información, entre otros (f.º 37 a 47).

Se precisa que Decibeles prestaba sus servicios de manera exclusiva a Telmex Colombia SA conforme se afirmó por los declarantes, y las funciones que desarrollaba Clara Nelly Suárez López resultan conexas al objeto social de esa empresa, pues como se anotó, garantizaba la logística de la operación, en particular lo relacionado con las instalaciones y acometidas, y atendía quejas de los usuarios de Telmex en relación con la instalación, en consecuencia tal como lo advirtió el juzgador de instancia, Telmex Colombia SA se beneficiaba de las actividades desplegadas por la actora.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, encuentra esta Sala que no hay lugar a eximir de la responsabilidad solidaria al beneficiario de la labor llevada a cabo por terceros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del CST, puesto que es evidente que las tareas desarrolladas por la demandante a favor de Decibeles SAS, si bien eran de tipo administrativas, lo cierto es que tienen relación directa con el objeto social de Telmex Colombia SA y su giro ordinario de negocios, si se tiene en cuenta que los procesos de instalaciones, acometidas y servicio al cliente, son el medio para llevar el servicio prestado al usuario final y por ello resultan inherentes e indispensables para el desarrollo de su objeto social, y en forma alguna podrían tenerse como accesorias o ajenas a su actividad.

Por lo anterior, la sentencia apelada se **confirmará** este punto la decisión.

Reajuste de Salario - En lo que tiene que ver con el reajuste del salario con el IPC para el año 2016, precisa la Sala que, para aquellos salarios que superan el mínimo legal, no existe disposición que regule el aumento o reajuste anual pretendido, y al respecto, únicamente prevé el artículo 148 del CST que *“La fijación del salario mínimo modifica automáticamente los contratos de trabajo en que se halla estipulado un salario inferior”*.

Por lo anterior, atendiendo a que el salario de la actora para el año 2015 superaba ampliamente el SMMLV para esa anualidad (\$1.290.000), su reajuste y/o aumento estaba sujeto exclusivamente al mutuo acuerdo del trabajador y del empleador. Lo que conlleva a que se **confirme** la sentencia en este punto de apelación.

Factor Salarial de la Bonificación- Como quiera que la parte demandante manifestó su inconformidad respecto a no tener la bonificación como factor salarial, habrá de determinarse si este concepto tiene esta virtud.

El artículo 127 del CST, dispone que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. En este orden, no constituyen salario *“(i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.”* (SL - 5159 de 2018).

Así, para determinar la connotación salarial de cierto emolumento, nuestro máximo órgano de cierre ha indicado que el criterio conclusivo para tal efecto, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido, es decir, si esa ventaja patrimonial recibida por el trabajador se ha constituido como contraprestación o retribución del trabajo (SL - 5159 de 2018). Igualmente, ha aclarado que conceptos como la habitualidad del pago, o la proporcionalidad del mismo respecto al total de los ingresos, constituyen simplemente criterios auxiliares para estudiar si un valor reconocido al trabajador tiene naturaleza retributiva (SL-692 de 2021).

Ahora bien, el artículo 128 del CST, le concede a las partes la facultad de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, sin que pueda entenderse dicha prerrogativa como una autorización para restar incidencia salarial a los pagos retributivos directamente del servicio, por lo que no pueden las partes pretender, que a través de un acuerdo, se disponga que

deje de ser salario algo que por esencia lo es, independientemente de la denominación que hayan decidido otorgarle.

Ahora, en el contrato de trabajo, en la cláusula octava se lee “OCTAVA: *En el evento que la EMPRESA suministre o llegue a suministrar al EMPLEADO auxilios, bonificaciones, primas, gratificaciones, premios y/o bonos ocasionales, no se computarán como parte del salario para efectos de prestaciones sociales liquidables a base de este. Al efecto el EMPLEADO y la EMPRESA así lo pactan expresamente en los términos del artículo quince (15) de la Ley cincuenta (50) de 1990.*”

De esa manera, es preciso memorar la postura sentada por la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, sobre los pagos que pueden considerarse como de mera liberalidad del empleador, en sentencias CSJ SL1405-2015, CSJ SL8005-2014, ésta en la que la Alta Corporación expuso:

“Además de ello, en lo que concierne a la senda jurídica por la que se encamina el cargo, lo cierto es que, a tono con lo concluido por el Tribunal, esta Sala de la Corte ha sostenido que las prestaciones extralegales, que son pagadas por mera gracia del empleador, pues no encuentran consagración legal en el contrato de trabajo o en alguna otra fuente de obligaciones vinculante, como la convención colectiva, el laudo arbitral o el pacto colectivo, pueden ser revocados unilateralmente, pues la liberalidad nace de la autodeterminación y no puede ser impuesta.

Así por ejemplo, la Sala ha sostenido «...que el hecho de reconocer a un trabajador por mera liberalidad prestaciones, prerrogativas o beneficios extralegales que en principio no le corresponderían, no tienen la virtualidad de ser perennes, y por tanto pueden ser objeto de modificación o revocatoria unilateral por parte del empleador, al no estar ubicados dentro del marco de los derechos de orden legal cuyo mínimo se debe respetar, ello siempre y cuando no se hayan constituido en una distinta fuente formal de derecho...» (CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36894).

Finalmente, vale la pena advertir que en este caso nunca operó la reducción del salario pactado de los demandantes, que debía contar indudablemente con su aceptación, sino la suspensión de unos pagos adicionales extralegales, que, como atrás se señaló, podían ser identificados como prestaciones revocables unilateralmente, debido a su falta de exigibilidad legal”.

Siguiendo esta senda, la parte demandante aportó certificaciones laborales expedidas por la demandada Decibeles SA, de fechas 9 de octubre de 2013 (fº. 78), 25 de octubre de 2012 (fº. 79), 1 de febrero de 2012 (fº. 80) y 8 de septiembre de 2009 (fº. 82). En estas se plasmó el salario devengado, y que “*Igualmente recibe por mera liberalidad del empleador una bonificación (...)*” por valor de \$135.000, \$125.000 y \$120.000, respectivamente.

Además, se aportó la comunicación del 1º de enero de 2015 (f.º 72), en la cual se informa el cambio de salario a partir de esa misma fecha, sin que en esta

se haga alusión a la citada bonificación. En la certificación de fecha 16 de mayo de 2005 (f.º 83) se dejó constancia de un auxilio de alimentación mensual.

Revisadas estas documentales, no es posible para Sala dar el entendimiento pretendido por la parte demandante, pues no se expresó en las mencionadas certificaciones la periodicidad con la cual se concedían estas bonificaciones a la demandante, para establecer su habitualidad y con ello su naturaleza salarial o no, respecto a lo que considera esta Sala, que si tal rubro era pagado mensualmente, así debió expresarse en las diferentes certificaciones tal como si lo hizo en la certificación de fecha 16 de mayo de 2005 al hacer mención al auxilio de alimentación.

Además, nada se dijo frente a los criterios para conceder esta bonificación, de tal manera que se pueda establecer si en verdad se obligó el empleador a retribuir con ella el servicio a la demandante, o si como se aduce en las únicas instrumentales que dan cuenta de ella, fueron pagos efectuados “por mera liberalidad”, no constitutivos de salario, y tampoco se aportaron desprendibles de nómina donde conste su pago periódico o habitual, que permitan arribar a una conclusión diferente.

Así las cosas, llega esta Sala a la misma conclusión del *a quo*, por cuanto no se demostró que la bonificación se pagaba de manera habitual, ni la fuente de tal obligación, sin que por ello pueda establecerse su naturaleza salarial, ni los valores efectivamente pagados por ese concepto, ni pueda la Sala presumir su pago de manera mensual, cuando ni siquiera se arribaron comprobantes de pago de la misma, tan solo unas certificaciones que no dan cuenta de ello.

Por lo anterior, se **confirmará** este punto la decisión, lo que conlleva a mantener la absolución respecto a la reliquidación de salarios, prestaciones y aportes al sistema de seguridad social, que se sustentaban en la bonificación pretendida.

Acreecias laborales – Solicitó la demandante el pago de las acreecias debidas al final de la relación a lo que accedió el *a quo*.

a) **Del auxilio de cesantías** - En relación con las cesantías, se condenó al pago de las causadas del 1º de enero al 31 de diciembre de 2015, y del 1º de enero al 1º de abril de 2016, empero, la recurrente Telmex aduce confesión de su

pago por la demandante al absolver interrogatorio de parte, frente a lo cual, verificada la referida declaración, minuto 1:13:05 en adelante (audio 2017-0535-20210813-09605), Clara Nelly Suárez López manifestó que recibió de Decibeles SAS el pago de este concepto desde el año 2000 y hasta el año 2015, esto es, solo puede tenerse como adeudado lo causado en el año 2016.

En consecuencia, se modificará el ordinal segundo de la sentencia, para ordenar por concepto de auxilio de cesantías únicamente lo correspondiente al lapso comprendido del 1º de enero al 1º de abril de 2016, esto es, la suma de \$326.083 frente al cual no se encuentra acreditado su pago.

b) **De las vacaciones:** Respecto de las vacaciones, la demandante confesó en su interrogatorio de parte haber recibido el pago de este rubro entre los años 2000 a 2015, y así lo acreditó documentalmente, para los años 2011, 2014 y 2015 (fº. 69, 71 y 73). Así pues, quedaba pendiente de reconocimiento el lapso del 12 de diciembre de 2015 al 1º de abril de 2016, tal como lo precisó el juzgador de instancia y en la cuantía allí determinada, y habrá de **confirmarse** esa decisión.

De la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST - Se advierte, que la consecuencia jurídica de la terminación sin justa causa en un contrato de trabajo es la prevista en el art. 64 del CST, es decir, la indemnización que se encuentra allí tarifada.

De esa manera, al descender al caso bajo análisis, encuentra la Sala que mediante misiva del 1º de abril de 2016, la sociedad llamada a juicio Decibeles SAS comunicó la terminación de la relación de trabajo que la ataba con la demandante desde esa misma fecha, y apeló como sustento a liquidación y clausura definitiva de Decibeles SAS, como consecuencia de la desmejora en la situación financiera.

En punto de lo anterior, se precisa que la liquidación empresarial, podría ser a lo sumo, una causa legal para la terminación del contrato de trabajo (literal e) art. 61 del CST), pero no equivale a las justas del art. 7º del Decreto 2351 de 1965, ni es atribuible al trabajador, y da lugar al pago de la respectiva indemnización, según lo previsto en el numeral 6º del art. 67 de la Ley 50 de 1990, porque el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de toda actividad productiva (CSJ SL 24 ene 2012 rad. 37288 rememorada en la SL3605-2018).

En todo caso, la terminación del contrato de trabajo por esa causa, sí da el derecho a reclamar la indemnización por despido, al tratarse de una decisión que proviene del empleador, no así de la naturaleza jurídica del vínculo o el acuerdo de las partes, como lo es la terminación por expiración del plazo fijo pactado, por terminación de la obra o por mutuo consentimiento, y sin que pueda catalogarse como justa causa, por no estar así establecida por el legislador.

Así las cosas, es acertada la imposición de la indemnización regulada por el artículo 64 del CST; en consecuencia, se **confirmará** esta condena.

De la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 – Frente a este particular, la inconformidad de la parte demandante se dirige a que se imponga condena por la sanción por no consignación de cesantías, como quiera que el *a quo* advirtió que no se encuentra acreditada la buena fe en el actuar de Decibeles SAS.

En punto de la sanción moratoria prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, debe precisarse que la consignación del auxilio de cesantía debe efectuarse el 15 de febrero de cada anualidad, respecto del causado en el año inmediatamente anterior, pues hasta antes de dicha data el empleador debe consignarlo en el fondo de elección del trabajador, y el incumplimiento de esa obligación es la que da lugar a la sanción, de un día de salario por cada día de retardo, sin que en ningún caso se cause de manera concomitante o simultánea, con la misma sanción por el siguiente periodo de causación del derecho o con la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST.

Así las cosas, como quiera que la demandante confesó que le fue pagado el auxilio de cesantías hasta el año 2015, el que debía consignarse en febrero de 2016, de donde se desprende que el único que se adeudada es el causado en el año 2016, y como el vínculo contractual finiquitó el 1º de abril de 2016, de aquel no procedía la consignación en un fondo, sino su pago directo a la trabajadora, y en consecuencia, no incurrió en mora alguna el empleador por este concepto, por lo que se **confirmará** la absolución.

De la indemnización prevista en el art. 65 del CST - Por su parte, la demandada Telmex Colombia SA, apela que en su calidad de deudor solidario, no se puede establecer un actuar de mala fe, pues el análisis que se debe dar en

esa calidad difiere del que se da en el caso del empleador, frente a lo cual basta con recordar que la condena por indemnización moratoria se impuso a cargo de la demandada Decibeles SAS en su calidad de empleadora, única respecto de la cual debía establecerse la buena o mala fe, lo que no fue objeto de apelación; y como quiera que se declaró que la demandada Telmex Colombia SA es responsable solidaria en los términos del artículo 34 del CST, acorde con lo dispuesto en esa norma “*será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores*”, sin que haya lugar a analizar su conducta sino el derecho del trabajador frente al contratista, respecto al que es llamado a responder en su condición de contratante, por tratarse de labores que no son extrañas a sus actividades normales.

Por ello habrá de **confirmarse** la condena solidaria por indemnización moratoria.

Cubrimiento de las aseguradoras – Telmex Colombia SA allegó la póliza 3801311000751, que Decibeles contrató en su favor con la aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (fº. 298), como garantía del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios suscrito el 1º de abril de 2011, la que tuvo como vigencia del 01 agosto de 2011 al 01 de abril de 2017. La cobertura se limita a pago de salarios y prestaciones.

De igual manera, se allegó la póliza No. 01 CU068897, que Decibeles contrató en favor de Telmex con la aseguradora Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza (fº. 308 a 311), como garantía del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios suscrito el 26 de junio de 2014, teniendo como vigencia del 1 de septiembre de 2014 al 1 de septiembre de 2018. La cobertura se limita a pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Y como quiera que la trabajadora prestó los servicios en virtud del contrato suscrito entre Telmex Colombia SA y Decibeles SAS, para cumplir con el objeto de ese contrato, es evidente que las pólizas también amparan los perjuicios que ocasionó el no pago de sus prestaciones.

Decantado el tema de quien fue el verdadero empleador, así como los coberturas de cada póliza, aunado a la vigencia de estas para el momento en que

la actora prestó sus servicios; deviene legal que las llamadas en garantía respondan por las condenas impuestas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicio, así como por la indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, dentro de los límites económicos previstos en cada una de ellas, en los términos establecidos en la sentencia objeto de apelaciones, acorde con las vigencias de tales garantías.

Y en torno a si se encontraba asegurado el pago de indemnización moratoria objeto de condena, encuentra la Sala que el contrato de seguro concertado con esa aseguradora por Decibeles SAS a favor de Telmex SA, en su carátula contempla de manera expresa el cubrimiento del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, de manera que si esa llamada en garantía considera que estaba excluida, debió demostrar que el acuerdo de las partes o la suscripción de la póliza se dio en ese sentido, no obstante, brilla por su ausencia las citadas condiciones generales de la póliza en las cuales basa su inconformidad.

Finalmente, dando alcance a la apelación de Mapfre, es de advertir que la póliza por ella emitida, no contempla ningún tipo de exclusión bajo la cual se pueda soportar la afirmación que no se puede hacer extensiva la póliza a trabajadores vinculados con anterioridad, pues lo que se analizó en ambas instancias, es que durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios, así como durante la vigencia de las pólizas, la ex trabajadora hubiese estado al servicio de la demandada Decibeles, en ejecución de las labores contratadas y aseguradas en favor de Telmex, lo que quedó acreditado en este asunto.

Y finalmente, en torno al reparo de la parte actora, las condenas no fueron trasladadas a las aseguradoras, se impusieron de manera principal a Decibeles, solidariamente a Telmex, a quien deberán responder las llamadas en garantía por lo que tenga que pagar con ocasión de la condena, en los términos de las respectivas pólizas emitidas, y conforme a la orden proferida en primera instancia, que acorde con lo expuesto será confirmada.

Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,**

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el literal SEGUNDO de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta ciudad, en cuanto a la condena por concepto de AUXILIO DE CESANTÍAS, que será únicamente respecto al causado entre el 1º de enero y el 1º de abril de 2016, en la suma de trescientos veintiséis mil ochenta y tres pesos (\$326.083).

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en las motivaciones de esta decisión.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c2563a2daa4851c5470f42624bd3a4de271326d177ee05bb02afd1bf799ebcb9**

Documento generado en 19/08/2022 02:52:39 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **014 2018 00032** 01
DEMANDANTE: HERMINSON GARZÓN BALBUENA
DEMANDADO: INDUSTRIA COLOMBIANA DE LOGÍSTICA Y
TRANSPORTE SAS ICOLTRANS

Bogotá DC, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2021, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare la ineficacia del despido realizado por la demandada Icoltrans SAS el 2 de marzo de 2017, en consecuencia, se ordene su reintegro a un cargo de igual o superior categoría y el pago de salarios dejados de cancelar. De manera subsidiaria, solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 16 de febrero de 2006, ingresó a laborar en el cargo de escolta y con un salario de \$774.603; que el 8 de julio de 2011 tuvo un accidente de trabajo, sufrió fractura abierta de tibia y peroné de extremidad inferior derecha y lesión vascular, lo que requirió de intervención quirúrgica y hospitalización hasta el 17 de agosto de 2011; que el 10 de septiembre de 2012 se realizó junta de ortopedia de la EPS, el 22 de enero de 2017 el médico tratante le emitió recomendaciones médico

laborales, y el 21 de febrero de 2017 gestión humana emitió un memorando en el cual se señalaban las funciones que debía desarrollar, entre ellas la auditoría de vehículos; que no recibió capacitación para el desempeño de esta función teniendo en cuenta que su cargo anterior era de escolta, por lo que exigió una preparación para el cargo, y recibió como represalia una citación a diligencia de descargos; que al día siguiente recibió una comunicación sobre un día de sanción efectiva el 24 de febrero de 2017, y el 2 de marzo de 2017, le comunican la decisión de dar por terminado con justa causa el contrato de trabajo, citando los mismos argumentos esgrimidos para la imposición de la sanción.

Informó que en el examen de egreso se dejaron recomendaciones, además se advirtió que aún no se había recuperado ni rehabilitado del accidente de trabajo; que interpuso acción de tutela mediante la cual le fueron amparados sus derechos fundamentales, por lo que la demandada procedió con su reintegro en cumplimiento del fallo de tutela; que el 17 de noviembre de 2017, se le comunicó la terminación de su contrato, conforme a la comunicación del 2 de febrero de 2017, porque dentro de los 4 meses siguientes al fallo de tutela no interpuso demanda, no obstante no se solicitó permiso al Ministerio de Trabajo para el despido; y que, la ARL Sura le otorgó una PCL del 15.94% derivada del accidente de trabajo, decisión notificada el 11 de septiembre de 2017, que fue recurrida y a la presentación de la demanda, se encuentra en trámite en la Junta Regional de Calificación de Invalidez (f.º 58 - 60).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 13 de febrero de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 66), quien dio respuesta en término oportuno.

La **Industria Colombiana de Logística de Transporte SAS - Icoltrans SAS**, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Indicó que el demandante presentaba un estado de salud normal, no de debilidad manifiesta; que no contaba con calificación de pérdida de capacidad laboral; que el proceso de rehabilitación había surtido los frutos esperados; que la empresa en ejercicio del ius variandi le asignó al trabajador funciones de auditoría de vehículos que tienen relación con las que contractualmente había contraído, inherente a su cargo; que el actor incumplió la orden dada, en clara violación de sus obligaciones contractuales, reglamentarias y legales, renuencia reiterada en diligencia de

descargos, y la decisión de la empresa obedece a criterios objetivos, por lo que no le correspondía solicitar autorización para despedir al Ministerio de Trabajo. No formuló excepciones de fondo (f.º 104 a 114).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 4 de agosto de 2021, declaró que la terminación del contrato de trabajo se dio sin cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en consecuencia, ordenó el reintegro del trabajador a un cargo de igual o mejor condición al que desempeñaba al momento del despido. Ordenó el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social dejados de pagar, se relevó del estudio de las pretensiones subsidiarias y condenó en costas a la parte demandada.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si al momento de la finalización del contrato de trabajo el demandante era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por razones de salud, en consecuencia, si el despido se tornaba ineficaz en razón a que no se solicitó permiso al Ministerio de Trabajo, y si hay lugar al reintegro pretendido, o en subsidio, al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Estimó que el actor fue calificado frente a las secuelas por la ARL Sura el 30 de agosto de 2017, estableciendo una PCL del 15.94%; que se surtió ante la Junta Regional de Calificación la apelación, quien aumentó la PCL al 21.51%, con fecha de estructuración 13 de diciembre de 2013, dictamen que fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Luego de hacer un recuento sobre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en relación con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, frente a la sanción de los actos discriminatorios a las personas en estado de discapacidad, señaló que acoge los criterios de la Corte Constitucional, corporación que aplica la protección constitucional por estabilidad laboral reforzada a todas las personas que cuenten con alguna limitación en sus condiciones laborales, sin que deba mediar calificación alguna.

Consideró que al momento del despido ya había sido calificado, y se encontraba en trámite la recalificación de las secuelas; adicionó que están probadas las limitaciones como consecuencia de las secuelas permanentes que

le impedían el desarrollo normal de sus labores, de lo que dieron cuenta los testigos. Sobre el despido, dijo que el 21 de febrero de 2017 le fueron asignadas nuevas funciones como aceptó la demandada, que eran diferentes a las realizadas normalmente, no se tuvo en cuenta por la demandada que el actor continuaba en tratamiento médico, y que era conocido por el empleador; que para el momento de la terminación estaba en trámite la recalificación de las secuelas, el actor se encontraba en estado de debilidad manifiesta y por ello debía pedir autorización para su despido, y como no lo hizo, prosperaron las pretensiones y en consecuencia declaró con efectos definitivos el fallo de tutela.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandada** presentó recurso de apelación contra la sentencia, respecto de la decisión de la *a quo* de declarar la ineficacia del despido. Adujo que el finiquito de la relación laboral obedeció a una causal objetiva, pues el actor no dio cumplimiento a sus funciones y con ello faltó al reglamento interno de trabajo. Señaló que la *a quo* no hizo un estudio a fondo sobre las razones del despido, sin que el estado de salud pueda ser excusa para el incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 27 de septiembre de 2021 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 210).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos, en la demanda, en la contestación y en la sustentación del recurso de apelación respectivamente (f.º 212 - 218).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si había lugar a declarar la ineficacia del despido del trabajador, pese a sustentarse en una causa objetiva, y si era menester solicitar autorización

al Ministerio de Trabajo para dar terminado el contrato de trabajo, por gozar el demandante de estabilidad laboral reforzada por razones de salud.

En ese orden, la Ley 361 de 1997 en su art. 26, previó que ninguna persona en situación de discapacidad podría ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo; y que en caso de que ello llegase a ocurrir sin el cumplimiento previo de dicho requisito, el trabajador tendría derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario. Disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-531-2000, bajo el entendido de que, en concordancia con los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (arts. 2º y 13 de la CP), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (arts. 47 y 54 ídem), también «carecerá de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación», entendiéndose por tal, su estado o situación de discapacidad.

El propósito de tal protección se dirige a salvaguardar la estabilidad del trabajador frente a comportamientos discriminatorios que lo excluyan del empleo por razón de su deficiencia física, sensorial o mental; no obstante, en oposición a ello, se debe entender que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas para dar por terminada la relación de trabajo, esto es, que si se invoca una **justa causa legal** para la terminación, ello descarta en principio que la disolución del vínculo laboral tenga como fundamento la discapacidad del trabajador, y en ese caso, no resulta obligatorio acudir al inspector del trabajo, por cuanto se debilita la presunción discriminatoria, por una razón objetiva.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1360-2018, concluyó que:

«(a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

*(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, **lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas**, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*

(c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.»

En el presente caso, no se discutió que la demandada terminó el contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa a partir del 2 de marzo de 2017, inclusive, tal y como da cuenta la comunicación respectiva, y liquidación final de prestaciones (f.º 4-5 y 42).

Así las cosas, en aras de establecer si el finiquito contractual tuvo una causa objetiva, la Sala se remite a lo plasmado en la comunicación de 2 de marzo de 2017:

(...)

En diferentes fechas se le ha requerido de manera atenta, respetuosa y profesional su asistencia a dar apoyo en una labor propia de su conocimiento, con una negativa como respuesta por parte suya, y una decidía (sic) a cumplir con las órdenes e instrucciones impartidas por sus superiores.

Como consecuencia de dicha negativa y dando cumplimiento a los preceptos legales encaminados a respetar el debido proceso y el derecho de defensa, requerimos de su presencia en varias oportunidades para oír sus argumentos por los cuales se negaba a realizar una labor digna y necesaria, exigida por su empleador, la cual tenía como finalidad cuidar los bienes y las personas que componen la familia de Icoltrans.

Tal como aparece en su historial, el cual reposa en los archivos de la compañía, estas no han sido las únicas faltas cometidas a lo largo de su contrato, sino que en años anteriores se había sancionado por conductas contrarias a los términos estipulados en el contrato de trabajo y la ley, especialmente en el cual no cumple las órdenes e instrucciones de su empleador.

Como consecuencia de lo anterior, y con base en los fundamentos fácticos y legales relacionados con su historial y su conducta, la compañía ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo por justa causa, encontrando que se configuran las causas legales descritas anteriormente.

(...)

En punto de lo anterior, el empleador aduce que el señor Herminson Garzón Balbuena a pesar de los requerimientos no dio cumplimiento a las órdenes impartidas, razón por la cual fue citado a diligencia de descargos que se llevó a cabo el 22 de febrero de 2017 (fº. 90-92), allí señaló que el cargo desempeñado es el de escolta desde el año 2010, sus funciones se circunscriben a velar por la seguridad y vidas, de vehículos, conductores, auxiliares y mercancías en cada desplazamiento. Aceptó que el 21 de febrero de esa anualidad no realizó la auditoría al vehículo, argumentando que nunca lo ha hecho y no tiene el conocimiento para ello, además que no le fue solicitado. Se le puso de presente que mediante memorando se le informó que debía hacer esa auditoría, el cual se rehusó a firmar y por ello se notificó mediante dos testigos, a lo que adujo que no firmó *“porque automáticamente me hacía responsable de realizar dicha inspección y no puedo por el conocimiento”*. También afirmó que no admitiría capacitación para realizar la auditoría, que solo acepta formación en seguridad. Explicó que indagó con otros compañeros sobre la función de auditoría, y le dijeron que no era en las condiciones que había sido informado por “don Arnulfo” en la reunión. Expresó conocer el reglamento interno de trabajo

y el perfil del cargo que desempeña; que no llegó a un común acuerdo con el jefe y que es objeto de bullying por parte de sus compañeros y conductores por las diversas funciones que son asignadas a los escoltas; que la auditoría de vehículos si hace parte de las funciones de su cargo en lo que tiene que ver con las estrategias de seguridad, pero aclaró que solo en los desplazamientos. Reconoció que en el reglamento interno de trabajo se establece que deberá acatar y cumplir las órdenes de su empleador, sin embargo, considera que en este caso debe ser de común acuerdo. Agregó, que considera que no es responsable de la inspección de vehículos; que no se le ha desmejorado en la parte económica, pero si en la parte moral por el bullying; que recibió el reglamento interno de trabajo al ingresar a laborar; y que, la asignación de esa nueva función la toma como acoso laboral.

Icoltrans después de escuchar al demandante, no encontró justificación en su actuar, por ello, como medida disciplinaria suspendió por un día el contrato de trabajo, esto fue, el 24 de febrero de 2017 conforme las estipulaciones del reglamento interno de trabajo, posterior a ello, mediante comunicación de fecha del 2 de marzo de 2017, se dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Lo primero que debe establecer la Sala, es si la función de auditoría asignada al trabajador corresponde con el perfil del cargo de escolta para el cual fue contratado, y con ello, si se trata de un ejercicio legítimo del ius variandi; para lo cual, se precisa que, pese a que no fue allegado el referido perfil, el actor en la diligencia de descargos aceptó que sus funciones son velar por la seguridad de los vehículos, conductores auxiliares y mercancía; de igual manera no fue objeto de controversia que dentro de las funciones del cargo se encuentra *“Planear, ejecutar las estrategias de seguridad durante el cargue, descargue y desplazamiento en carretera y servicio urbano”*.

El **representante legal de Icoltrans**, al absolver el interrogatorio de parte dijo que el demandante podía laborar, pero con limitaciones, que inicialmente se le estableció una PCL del 5% y la ARL le reconoció una indemnización por incapacidad; que fue despedido en marzo de 2017, sin solicitar permiso al Ministerio de Trabajo, reintegrado el 1º de junio de 2017 por una orden de tutela y en noviembre de 2017, fue despedido por no haber dado cumplimiento a la orden transitoria de la tutela.

El **demandante** al absolver el interrogatorio de parte dijo que ingresó en el cargo de guarda de seguridad y después fue ascendido a escolta; que la demandada fue cumplidora de los pagos de las acreencias, salarios, aportes y demás, en la vigencia de la relación laboral; que los descargos realizados en febrero de 2017 fueron con ocasión de una función asignada por el señor Arnulfo, pero adujo que siempre fue capacitado en el tema de seguridad. Explicó que la orden impartida correspondió a que debían inspeccionar los vehículos que llegaban de carretera, esto era descargar el vehículo, verificar la mercancía por códigos y volver a cargar el vehículo; que no era solo contar las cajas, según lo que se debía diligenciar en la planilla; que esas funciones corresponden a un auxiliar de bodega. Adujo que la empresa antes del reintegro respetó las condiciones de salud. Relató que la primera calificación fue en el año 2013, la ARL le dio un porcentaje del 14.9%, y la suma de \$13.000.000, y luego la Junta Regional le calificó el 18%; en la segunda calificación le dieron el 21.51% cuando encontraron el acortamiento del pie, esto fue antes de suspender el contrato.

El testigo **Juan Héctor Cruz Ríos** quien fue solicitado por la parte actora, dijo que fue compañero del demandante hasta el 2 de marzo de 2017, fecha en que fueron despedidos cuando desempeñaban el cargo de escolta. Dijo que era escolta viajero, esto implicaba escoltar la mercancía de ciudad a ciudad. Le dieron por terminado el contrato de trabajo a los tres en la misma fecha (al demandante, al declarante y otro trabajador). Para el momento del despido el demandante no tenía ningún problema de salud. Dijo que tuvo restricciones médicas después del accidente, el que no recuerda en que época fue. Cuando regresó de las incapacidades que duraron cerca de dos años, indica que camina, pero con esfuerzo y el pie presenta hinchazón. Para el momento de la terminación el demandante no podía ejercer el cargo con la moto. El jefe de seguridad estaba en Medellín, en cuanto al señor Arnulfo Murillo no les dijeron que era el jefe de seguridad. Cuando estaban en bodega debían estar pendientes de las personas que estaban allí.

Finalmente, el señor **Arnulfo Murillo Buitrón**, testigo solicitado por la parte demandada, dijo que desempeñó el cargo de jefe de seguridad de la compañía desde marzo de 2014 hasta agosto de 2018. Conoció al demandante que era escolta de la compañía. Describió las funciones del cargo de escolta. Informó que la cancelación del contrato del demandante se debió a que se rehusó a cumplir con las funciones asignadas, en particular con la de control de la mercancía; lo que debía hacer era el conteo de las cajas y que correspondiera con

lo plasmado en la factura, sin que ello implicara la movilización de estas. Primero solicitó los elementos de protección y después dijo que no era su función. El testigo dio cuenta de las recomendaciones dadas al actor después del accidente, que eran no estar mucho tiempo de pie, ni mucho tiempo sentado, uso de plantillas, adicionó que no tenía ningún tipo de limitación.

Para la Sala, el anterior recuento probatorio, documental, testimonial e interrogatorios, dan cuenta de la actitud insubordinada del trabajador, al negarse a recibir la comunicación que informaba el cambio de funciones, así como el incumplimiento a las órdenes impartidas, que no se observa claramente justificado, pese a los argumentos expuestos por el demandante ante el empleador y en este proceso. En este contexto, se precisa que el empleador dentro de su poder subordinante y en ejercicio del *ius variandi*, puede realizar cambios discrecionales en cuanto al sitio de trabajo, la cantidad, calidad de la producción y su organización, así como de las actividades o funciones a ejecutar, sin que haya necesidad de un acuerdo con los trabajadores, siempre que tales modificaciones se encuentren dentro del marco de las condiciones de contratación, y no afecten o representen desmejora de las condiciones laborales de los trabajadores, y es por ello, que la demandada realizó un cambio de funciones a varios empleados, directriz que fue impartida a aquellos que desempeñaban el cargo de escolta tal como se desprende de las declaraciones; y, bajo ese entendimiento le fue asignada la auditoría a vehículos, tarea que consiste en el conteo de la carga y su verificación con las facturas.

En criterio de esta Sala, no resulta desproporcionado entender que esa tarea se enmarca en las funciones encargadas al cargo de escolta, pues corresponde a la ejecución de una estrategia de seguridad a fin de preservar la carga encomendada. A pesar de lo anterior, el actor de manera insistente señala que sus funciones solo se limitan al desplazamiento de la carga y que no tiene el conocimiento para realizar esa nueva tarea; en todo caso se resalta la renuencia a recibir capacitación en ese tema, bajo la evasiva de que es ajeno a seguridad.

De las declaraciones no se advierte en momento alguno, que el actor hubiera tenido el ánimo de acatar estas nuevas disposiciones previstas por su empleador, las que, valga señalar, no atentan contra su dignidad o igualdad, y tampoco desmejoraron sus condiciones, ni se pueden considerar como un abuso o arbitrariedad. Aunado al hecho, de que este cambio de actividades se implementó con tres trabajadores que desempeñaban el cargo de escoltas,

siguiendo todos la misma suerte de terminación del contrato de trabajo, según lo dicho por Juan Héctor Cruz Ríos.

En punto de lo anterior, resulta necesario concluir que el actor desatendió una de sus obligaciones como trabajador contenidas en el artículo 58 del CST, que prevé el acatamiento a las órdenes impartidas por el empleador, pues no resulta de recibo lo expuesto por él, en cuanto a que debía mediar acuerdo con el empleador para estos cambios que, en sentir de la Sala, en la forma en la que se presentaron, constituyen un ejercicio legítimo del *ius variandi*.

Así las cosas, le asiste razón a la recurrente, en cuanto a que debió analizarse la causa objetiva aducida para la terminación del vínculo laboral, como quiera que desde la contestación de la demanda Icoltrans alegó que existió justa causa de despido, lo que fue objeto de debate probatorio, si se tiene en cuenta que el despido se presume discriminatorio y se torna en ineficaz, únicamente cuando no existe causa objetiva de terminación del vínculo laboral, pues es en presencia de ese móvil, cuando el despido se produce “*por razón de*” la discapacidad, que carece de efecto jurídico, y aunque se presume que esa es la motivación cuando se produce respecto a una persona que por su condición de salud es objeto de especial protección y de estabilidad laboral reforzada, con ocasión de su discapacidad relevante, tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia laboral, esa presunción se desvirtúa cuando existe causa objetiva que sustenta la terminación del contrato, como en este caso, en el que además se acredita la justa causa de despido, según el análisis hasta aquí efectuado.

Debe tenerse en cuenta que, el actor se vinculó a la demandada a través de un contrato individual de trabajo a término indefinido como guarda de seguridad, y luego fue promovido al cargo de escolta, que le fue asignada una tarea nueva, auditoria de vehículos, la que se enmarca dentro de las funciones del cargo, y que el actor consideró que no hacía parte de las tareas a él encomendadas, y por ello no recibió la comunicación que le asignaba la tarea y menos aún, dio cumplimiento a estas directrices, y manifestó de manera reiterada su renuencia a recibir capacitación y ejecutar la labor encomendada, razón por la cual, para la Sala, la empleadora estaba habilitada para ponerle fin al vínculo laboral celebrado con Hermison Garzón Balbuena, con sustento en la justa causa prevista en el num. 6 del artículo 62 del CST, sin necesidad de solicitar autorización del Ministerio de Trabajo para proceder de tal forma, por tratarse de una causa objetiva de terminación.

Lo anterior, sin contar con que, acorde con el material probatorio ya reseñado, para la fecha del despido, no se acreditó que el demandante tuviera una discapacidad relevante conocida por su empleador, puesto que el accidente de trabajo que dio lugar a la calificación de pérdida de capacidad laboral que le significó el pago de una indemnización por incapacidad permanente parcial, ocurrió más de 5 años antes, y luego de su rehabilitación el actor continuó desempeñando su labores, habiendo sido calificado con un porcentaje inferior al 15%, y solo con posterioridad al finiquito contractual, obtuvo una calificación superior, del 21.51% en dictamen emitido el 16 de marzo de 2018 por la junta regional de calificación de invalidez de Bogotá, ratificado el 25 de enero de 2019 por la Junta Nacional, y aunque se determinó allí como fecha de estructuración el 3 de diciembre de 2013, dadas las condiciones del trabajador, no resultaba posible para el empleador conocer el grado o relevancia de esa discapacidad, pues como lo indicaron los declarantes, el demandante desempeñaba su cargo en condiciones normales, salvo las restricciones médicas iniciales, que se concluye de lo afirmado no le impedían el desempeño laboral, y para ese momento había sido calificado únicamente por la ARL en un 14.47%, lo que per se no daba lugar a la protección.

En conclusión, no se observa que la causa de la ruptura del contrato de trabajo haya sido un despido discriminatorio, y mucho menos, con ocasión al estado de salud que aquejaba al demandante para la época del despido, razón por la cual se desvirtúa por completo la presunción a que hace alusión el art. 26 de la Ley 361 de 1997, lo que conlleva a la **revocatoria** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **absolver** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Por lo demás, se precisa que no resulta relevante para resolver el presente caso, el fallo de tutela proferido el 1 de junio de 2017 por el Juzgado 3 Penal Municipal con Función de Conocimiento (f.º 32-41), confirmado mediante fallo proferido el 24 de agosto de 2017 por el Juzgado 8 Penal del Circuito con Función de Conocimiento (f.º 13-31), mediante el cual se concedió de manera transitoria al demandante, su reintegro al empleo que venía ejerciendo, en la medida en que, lo indispensable es que en el trámite del proceso ordinario se allegaran todas las pruebas que acreditaran que en efecto para el día 2 de marzo de 2017, el actor se encontraba dentro de los supuestos fácticos consagrados en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, a fin de que se controvirtieran por la demandada, y se valoraran

por el juez natural, sin que pueda predicarse, que la verdad allí establecida debe atar la libre apreciación probatoria en este proceso, al tenor de lo dispuesto en el art. 61 del CPT SS.

De todas maneras, como lo ha sostenido la jurisprudencia laboral, el juez ordinario de ninguna manera queda obligado a mantener las órdenes emitidas por los jueces constitucionales, dado el carácter transitorio y los efectos inter partes de aquellas (CSJ SL, 13 may. 2005 rad. 24310, y SL13657-2015), como lo es el fallo de tutela mencionado, máxime cuando, se reitera, aquí no se verificó un trato discriminatorio por parte de la empleadora.

En los anteriores términos queda resuelta la apelación de la demandada, sin costas en la instancia ante su no causación, las de primera será a cargo del demandante, en la cuantía liquidada por el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2021, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia quedan a cargo del demandante.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **24a9086c863d8e216a1a3bb335a271b5448080af7c2418e1e46eca807692b1b9**

Documento generado en 19/08/2022 02:52:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **020 2018 00194 01**
DEMANDANTE: MARTHA CRISTINA ESPINOSA PEDRAZA
DEMANDADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, Litisconsorte necesario UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Porvenir SA contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se condene a Porvenir SA, a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos dispuestos en los artículos 33 y 64 de la Ley 100 de 1993 y el art. 9º de la Ley 797 de 2003, a partir del 3 de mayo de 2014, junto con los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que cumplió 57 años el 3 de mayo de 2014, fecha para la cual se encontraba afiliada a Porvenir SA; que le solicitó a la AFP demandada que revisara su historia laboral y solicitara la expedición del bono pensional por el tiempo laborado en el Hospital

San Juan de Dios de Zipaquirá; que en respuesta a su solicitud, por medio de oficio del 22 de septiembre de 2014, se le puso de presente que la información suministrada sería procesada y consolidada, para establecer certeramente el número de días y semanas realmente laboradas y reportadas, así mismo, que el bono pensional para ese momento tenía un valor de \$91.054.247; que el 10 de octubre de 2014, radicó la documentación requerida para solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el bono pensional por los tiempos cotizados en el ISS y en el Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá; que en respuesta del 19 de marzo de 2015, se le informó que luego de realizar el estudio correspondiente a la solicitud de pensión de vejez, se encontró que el saldo del capital pensional no permitía el reconocimiento de la prestación en los términos del art. 35 de la Ley 100 de 1993, por lo que se aprobaba la devolución de los aportes pensionales.

Sostuvo que el 8 de abril de 2015, la encartada le comunicó que giró con destino a la cuenta del Banco de Bogotá aportada por ella, la devolución de saldos por un valor de \$69.388.757, quedando resuelta de manera definitiva su situación pensional; que el 16 de septiembre de 2015, le solicitó a Porvenir SA que le informara si efectuó el trámite para la emisión del bono pensional, frente a lo cual le respondió que dicho ente rechazó la solicitud con fundamento en que la beneficiaria contaba con un saldo suficiente para una pensión en el RAIS, a la fecha de redención del bono; que mediante oficio del 8 de octubre de 2015, le solicitó a la Unidad de Pensiones del Departamento de Cundinamarca la emisión y pago del bono pensional por devolución de salud, la cual fue aprobada el 15 de junio de 2017, en cuantía de \$1.008.696,00; que el 15 de junio de 2017, radicó petición solicitando información sobre la emisión del bono pensional por parte de Ministerio de Hacienda, y Porvenir SA respondió que se recibió el cálculo actuarial que indicaba que podría pensionarse con una mesada equivalente al mínimo legal vigente a partir del 1º de junio de 2017, pero al haberse definido la situación pensional con la devolución de saldos, toda vez que la afiliada manifestó la imposibilidad de seguir cotizando, quedaba pendiente el bono pensional proveniente del Ministerio de Hacienda, que negó la expedición anticipada (Pág. 1 a 9, Archivo 1, Exp Dig).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 31 de mayo de 2018, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (Pág. 58, Archivo 1, Exp Dig).

Porvenir SA, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que una vez realizado el estudio pensional en el caso de la demandante el 19 de marzo de 2015, se concluyó que el saldo de la cuenta de ahorro individual, más el valor proyectado de su bono pensional, era insuficiente para financiar una pensión de vejez en los términos del art. 64 de la Ley 100 de 1993, y tampoco contaba con el mínimo de semanas exigido para acceder al beneficio estatal de garantía de pensión mínima prevista en el art. 65 *ibidem*. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, compensación, buena fe de la AFP Porvenir SA y prescripción (Pág. 76 a 83, Archivo 1, Exp Dig).

La demandada formuló **demanda de reconvención**, solicitando que en el evento en el que se accediera a las pretensiones de la demanda, se condenara a la demandante a reintegrar la suma total de \$70.397.453, correspondiente al valor que fue pagado el 31 de marzo de 2015 y el 25 de octubre de 2016 a título de devolución de saldos, debidamente indexada (Pág. 109 a 111, Archivo 1, Exp Dig).

Mediante auto del 1° de abril de 2019, se admitió la demanda de reconvención (Pág. 119, Archivo 1, Exp Dig), y la allí demandada dio respuesta, oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que fue un error del fondo de pensiones el que condujo a que se realizara la devolución de los aportes, a pesar de que la afiliada, de acuerdo con lo indicado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tenía derecho al reconocimiento de la prestación y en su momento no solicitó la devolución de saldos (Pág. 114 a 115, Archivo 1, Exp Dig).

Mediante auto proferido el 14 de agosto de 2019, se ordenó la vinculación de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento de Cundinamarca, como litisconsortes necesarios (Pág. 119 a 120, Archivo 1, Exp Dig).

El **Departamento de Cundinamarca**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que a esa entidad no le asiste ninguna responsabilidad u obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez que se reclama, pues la competente para ello es Porvenir SA y la entidad encargada de emitir el bono pensional por el tiempo que la activa laboró en el Hospital San Juan de Dios del Municipio de Zipaquirá es la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca. En su defensa, propuso las excepciones de mérito

que denominó falta de legitimación en la causa para ser demandada, cobro de lo no debido y prescripción (Pág. 123 a 132, Archivo 1, Exp Dig).

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso también a las pretensiones con fundamento en que son improcedentes frente a esa entidad, ya que corresponden a funciones y competencias legalmente asignadas a las administradoras de fondos de pensiones, en este caso, Porvenir SA. Agregó que la administradora demandada, se equivocó al otorgar a la demandante la devolución de saldos de que trata el art. 66 de la Ley 100 de 1993, dado que si bien es cierto aquella alcanzó los 57 años, de acuerdo con los cálculos realizados por ese ente, se estableció que a la fecha de redención normal del bono pensional (3 de mayo de 2017), sí tendría el capital suficiente para financiar la pensión de vejez, lo cual por principio de favorabilidad imposibilita redimir anticipadamente el bono en mención para la devolución de saldos. Propuso las excepciones que denominó ausencia de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, prevalencia del derecho irrenunciable a la pensión de vejez y buena fe (Pág. 168 a 182, Archivo 1, Exp Dig).

Mediante auto notificado en estrados el 4 de junio de 2020, se ordenó la vinculación de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, como litisconsorte necesario (Pág. 202, Archivo 1, Exp Dig).

La **Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca** dio respuesta a la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones. Esgrimió que debido a que la demandante laboró en el Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá, esa entidad procedió a proferir a la Resolución 792 del 1° de junio de 2017 ordenando la emisión y autorizando “(...) *el pago del cupón principal del Bono Pensional Tipo “A” (...) por valor a fecha de corte de (...) (\$10.019.434) con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de Entidades Territoriales -FONPET- que se debitan de la cuenta del sector Propósito General, cuya cancelación se hará a PORVENIR*”, por lo que en cumplimiento del acto administrativo se solicitó la liquidación provisional del bono pensional tipo A en el sistema liquidador de bonos pensionales de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, único liquidador válido para la emisión de bonos pensionales. Así mismo, dijo que se le comunicó a Porvenir la liquidación del Bono Pensional contenida en la Resolución 792 del 1 de junio de 2017, por lo tanto, es el fondo de pensiones quien debe solicitar oficialmente la emisión del correspondiente bono. Como excepciones de fondo

formuló las que denominó cumplimiento de la carga legal y prescripción (Pág. 3 a 5, Archivo 1, Exp Dig)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 20 de agosto de 2021, declaró que la señora Martha Cristina Espinosa Pedraza, cumple con los requisitos de edad y semanas cotizadas, para adquirir el derecho de garantía de la pensión mínima de vejez, en consecuencia, condenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la demandante, a partir del 03 de abril de 2015 en cuantía equivalente al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, junto con los respectivos reajustes de ley; así mismo, los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, de las mesadas causadas desde el 03 de abril de 2015 y hasta que se verifique su pago.

A su vez, condenó a la demandada en reconvención a reintegrar a favor Porvenir S., el valor de \$69.388.757,00, debidamente indexado conforme al IPC certificado por el DANE, correspondiente al monto recibido por concepto de devolución de saldos de aportes para cotizaciones, y rendimientos financieros, por lo que para el efecto se ordenó y autorizó a Porvenir S.A., a descontar y/o compensar las sumas referidas del retroactivo pensional de las mesadas pensionales causadas desde el 03 de abril de 2015 y hasta que la señora Martha Cristina Espinosa Pedraza sea incluida en nómina de pensionados; y posteriormente el excedente.

Advirtió en las consideraciones de su decisión, que el reconocimiento pensional se tornaba procedente, en primera medida porque para la fecha de redención normal del bono pensional la convocante reunía el capital suficiente para financiar la pensión de vejez, y además porque para el año 2014, cuando solicitó el reconocimiento de la prestación cumplía los requisitos previstos en el art. 65 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la garantía de pensión mínima, ya que contaba con 1231 semanas de cotización, de las cuales 844 correspondían a las aportadas a Porvenir SA y 187 contabilizadas antes del traslado, por lo que coligió que la encartada debía reconocer la prestación hasta que se lograra la redención del bono pensional en la edad normal, de conformidad con lo previsto en el art. 83 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, añadió que si el afiliado reúne los requisitos contenidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el requerido para la pensión mínima, la administradora de fondos de pensiones tiene la obligación de reconocer, una pensión provisional, bien con cargo a los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado o con cargo a su propio patrimonio, en todos aquellos casos en los cuales la administradora actúe negligentemente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, interpuso recurso de apelación e indicó que contrario a lo concluido por el *a quo*, para la época en la que se efectuó la devolución de saldos a la demandante, esto es, el 19 de marzo de 2015, aquella no reportaba 1150 semanas de cotización, pues en cuanto a los aportes efectuados a esa entidad únicamente se registraban 667,2 semanas y no 884, por lo que no reunía las condiciones para acceder a la garantía de pensión mínima, prevista en el art. 65 de la Ley 100 de 1993; así como tampoco reunía el capital necesario para pensionarse bajo los postulados del art. 64 de la misma norma, por lo que afirma que ante la improsperidad de dicha condena debe absolverse igualmente de los intereses moratorios.

Solicitó que se tuviera en cuenta que en el plenario obra documento suscrito por la afiliada el 26 de marzo de 2015, el cual cuenta además con su huella, en el que solicita y autoriza a Porvenir SA a efectuar la devolución de saldos, y con posterioridad se evidencian varias solicitudes en el mismo sentido, estando entonces obligado el fondo de pensiones a acceder a tal pedimento por ser el competente para resolverlo, más allá de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público haya indicado que tal situación no era procedente, porque existía la posibilidad de que la activa accediera a la pensión de vejez en la fecha de redención normal del bono pensional.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto de 21 de octubre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por Porvenir SA; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 2, Cuad. Tribunal).

La parte demandante, la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Porvenir SA, presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda, en los escritos de contradicción, y en el recurso de apelación, respectivamente (f.º 4 a 15).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si para la fecha en la que la demandante solicitó la devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual, reunía el capital necesario para acceder a la pensión de vejez en los términos dispuestos en el art. 64 de la Ley 100 de 1993, o los requisitos para la garantía de pensión mínima prevista en el art. 65 *ibídem*, y en tal sentido, si la administradora de fondos de pensiones debe reconocerle la prestación pensional reclamada, junto con los intereses moratorios consagrados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver el problema jurídico planteado, encuentra la Sala que son de aplicación los artículos 64, 65, 66 y 67 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En esa medida se tiene que la primera disposición, consagra que los afiliados tendrán derecho a la pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior 110% del salario mínimo legal mensual vigente, para lo cual se tendrá en cuenta el valor del bono pensional cuando a éste hubiere lugar.

A su vez, el art. 65 referido, consagra la garantía de pensión mínima y establece que los afiliados que, a los 62 años de edad si son hombres y 57 años de edad si son mujeres, no hubieren alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley general de seguridad social, y hubiesen cotizado por lo menos 1150 semanas, tienen derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión, en una cuantía equivalente al salario mínimo.

Por su parte, el art. 66 prevé que quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no

hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

Y por último, el art. 67 establece que los bonos pensionales sólo podrán hacerse efectivos y son exigibles, a partir de la fecha en la que se cumplan las edades previstas en el art. 65 anterior, para acceder a la pensión, esto es, 62 años de edad si son hombres y 57 años de edad si son mujeres.

Adicionalmente, encuentra la Sala que el art. 11 del Decreto Ley 1299 de 1994, estipuló como causales autónomas e independientes de redención y exigibilidad del bono pensional, tres eventos: *i*). Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional; *ii*). Cuando se cause la pensión de invalidez o de sobrevivencia; y, *iii*). Cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Partiendo de los presupuestos legales en mención, encuentra la Sala acreditado en este asunto que: *i*). el 10 de octubre de 2014, la demandante elevó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez (Pág. 13 a 20 y 98 a 104, Archivo 1, Exp Dig); *ii*). el 19 de marzo de 2015, la AFP Porvenir SA le informó a la convocante que luego de llevar a cabo el correspondiente estudio, se encontró que el saldo actual del capital pensional conformado por aportes, rendimientos y bono pensional, no le permitía acceder al reconocimiento de una pensión en los términos del art. 35 de la Ley 100 de 1993; así mismo, que el número de semanas cotizadas al sistema general de pensiones, correspondientes a 1064,86 resultaban inferiores al mínimo requerido para acceder al beneficio de garantía estatal de pensión mínima, previsto en el art. 65 de la misma norma, y en consecuencia, que podía acceder a la devolución de saldos, previa solicitud expresa y escrita en ese sentido (Pág. 22, Archivo 1, Exp Dig); *iii*). el 26 de marzo de 2015, la promotora del proceso radicó escrito, en el que manifestó que en caso de que su solicitud de pensión de vejez fuera negada, autorizaba a Porvenir SA, para que realizara en su favor la devolución de saldos de que trata el art. 66 de la Ley 100 de 1993 (Pág. 108, Archivo 1, Exp Dig); y, *iv*). el 8 de abril de 2015, la administradora de fondos de pensiones llamada a juicio le notificó a la accionante que se giró la suma de \$69.388.757,00 por concepto de devolución de saldos por vejez (Pág. 106, Archivo 1, Exp Dig); el 28 de octubre de 2016, le informó que se

había consignado a su favor por el mismo concepto la suma de \$1.008.696 (Pág. 105, Archivo 1, Exp Dig); y, mediante misiva en la que resolvió la solicitud de información sobre el estado del bono pensional, le puso de presente que a través de la página web de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se solicitó la redención anticipada, ante lo cual se generó el mensaje de error 4065, informando “*RECHAZO. EL BENEFICIARIO TENDRÍA SALDO SUFICIENTE PARA UNA PENSIÓN EN EL RAIS A LA FECHA DE REDENCIÓN DEL BONO*” (Pág. 26, Archivo 1, Exp Dig).

A su vez, se advierte que no existe prueba en el plenario que permita establecer que para el 10 de octubre de 2014, la convocante reunía el capital necesario para obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, pues la reclamante no incorporó elemento de convicción que soportara la afirmación que se hace en ese sentido en la demanda, lo que torna inviable el reconocimiento de la prestación en aplicación de lo dispuesto en el art. 64 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que concierne a la garantía de pensión mínima, advierte la Sala que la demandante nació el 3 de mayo de 1957, por lo que arribó a los 57 años, el mismo día y mes de 2014 (Pág. 10, Archivo 1, Exp Dig.); y al verificar la historia laboral emitida por Porvenir SA (Carpeta “CDS”, Exp Dig.) se patentiza que la afiliada entre el 1º de septiembre de 1996 y el 9 de septiembre de 2014, registra 662,57 semanas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y 386,71 que corresponden a 2707 días del bono pensional, por lo que acredita 1049,29 semanas de cotización en el período referido, y no 1231 como lo estableció el juez de primera instancia, de manera que la afiliada tampoco reunía las condiciones previstas en el art. 65 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la prestación que consagra esa norma, en la medida en que no acreditaba 1150 semanas de cotización.

Partiendo de lo anterior, debe señalarse entonces que esta Corporación comparte los argumentos esgrimidos por parte de Porvenir SA en la alzada, pues de acuerdo con la normatividad vigente, a ese fondo de pensiones le estaba vedado negarse a acceder a la devolución de saldos, que fue autorizada expresamente por la promotora del proceso el 26 de marzo de 2015 (Pág. 108, Archivo 1, Exp Dig.), justamente porque aquella cumplía los requerimientos que sobre el particular prevé el art. 66 de la Ley 100 de 1993, ya que no contaba con el capital suficiente para obtener una pensión mensual, superior 110% del

salario mínimo legal mensual vigente, y tampoco con las condiciones para acceder a la garantía estatal de pensión mínima, como se vio anteriormente.

Adicionalmente, se advierte que atendiendo a lo dispuesto en el art. 67 de la Ley 100 de 1993 y en el numeral 3º del art. 11 del Decreto Ley 1299 de 1994, no era una causal legal para la negativa de la prestación, el hecho de que para la fecha de redención normal del bono pensional, que tuvo lugar al cumplimiento de los 60 años de la afiliada, es decir, el 3 de mayo de 2017, aquella hubiera podido reunir el capital necesario para financiar la pensión de vejez, como lo estableció la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al negar equivocadamente la redención anticipada del bono, pues se desprende ciertamente de las normas reseñadas, que el bono pensional se hace exigible cuando se cumple la edad de 57 años en el caso de las mujeres y su redención procede de manera autónoma y sin más condicionamientos, entre otros eventos, cuando haya lugar a la devolución de saldos, de conformidad con la Ley 100 de 1993, como ocurrió en el caso de la promotora del proceso.

A su vez, la causal invocada por el ente ministerial, en el momento en el que se solicitó la redención anticipada de bono pensional, partió de un supuesto que podía materializarse o no, justamente porque para el cálculo respectivo esa entidad tomó el valor del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual para la época en la que se tramitó la devolución de saldos, sin tener en cuenta que el mismo no tenía un valor determinable a futuro, por estar sometido a las reglas del mercado que incluso podrían haber conllevado a su reducción en la fecha de redención normal, de manera que al encontrarse reunidos los presupuestos establecidos en el art. 66 de la Ley 100 de 1993, el único derecho cierto para la afiliada era la devolución de saldos, de ahí que el fondo de pensiones actuó al amparo de las disposiciones aplicables al reconocer tal prestación.

En consecuencia, se **revocará** en su integridad la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a la AFP Porvenir SA, de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación, las de primera instancia a cargo de la parte demandante según la tasación que establezca el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, absolver a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA de todas las pretensiones incoadas en su contra por Martha Cristina Espinosa Pedraza, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. las de primera a cargo de la parte demandante según la tasación que establezca el *a quo*.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EuZFe7XiZ5dOpG1M3pEFOmYBesM4YsiEhGugegEZi7-qeg?e=5soTIW

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **61512ee5796219e94757c13edbcf8ab7e5f1f4e67333db3cbf528fd8f80c390c**

Documento generado en 22/08/2022 11:49:30 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>