

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDGAR VERGARA RODRÍGUEZ
CONTRA RODRÍGUEZ Y LONDOÑO S.A. -RYLSA. Rad. 2017 00818 01. Juz
25.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

EDGAR VERGARA RODRÍGUEZ demandó a RODRÍGUEZ Y LONDOÑO S.A. -RYLSA, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 51 Y 52.

- Existencia del contrato de trabajo.
- Terminación por causa imputable al empleador.
- Reintegro al cargo desempeñado o a otro de igual o superior categoría por estabilidad reforzada por salud.
- Pago de salarios y prestaciones dejados de percibir entre el despido y la reinstalación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 52 a 53. Manifestó que el actor ingresó a laborar con la demandada el 6 de abril de 2015 mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de técnico superior con un salario de \$2.500.000, el que fue terminado por el empleador el 27 de abril de 2017. El 20 de junio de 2016 se le diagnosticó una enfermedad de origen común denominada “degeneración de mácula y del polo posterior del ojo derecho”, por lo que debió

someterse a una cirugía y perdió el ojo derecho, a lo que no se hizo referencia en el examen médico de retiro. La pérdida de su ojo derecho ha constituido una restricción para su reingreso a la vida laboral, por lo que, si bien es cierto que durante la vinculación no presentó incapacidades, también es cierto que perdió la visión de su ojo derecho en su totalidad y que en la actualidad cuenta con 53 años de edad. El 20 de septiembre de 2017 por intermedio de apoderado solicitó su reintegro, lo que fue negado por la demandada mediante comunicación de fecha 18 de octubre de 2017 y que interpuso acción de tutela ante el Juzgado 15 Penal Municipal de Bogotá. Afirma que la demandada procedió a despedir al trabajador sin autorización alguna a pesar de que contaba con una disminución de la capacidad física.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 69 a 72.

- Aceptó los hechos relacionados con el contrato de trabajo a término indefinido, fecha de ingreso y retiro, así como los hechos relacionados con la solicitud de reintegro, la respuesta negativa dada por la empresa y la presentación de la acción de tutela. Negó o manifestó que no le constaban los demás.
- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Como excepción previa propuso la de falta de legitimación en la causa por pasiva y como excepciones de fondo las de inexistencia de orden judicial o protección reforzada, falta de elementos para considerar al demandante como sujeto de protección reforzada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual decidió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, sin condena en costas. Llegó a esta determinación al establecer conforme a la documental aportada que el actor se desempeñó como técnico superior y que la terminación se dio sin justa causa conforme a la carta que obra a folio 2, cuya liquidación se observa a folios 81 y 82. En cuanto a que la causa de la terminación fue la discapacidad padecida por el trabajador tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por

lo que el trabajador debía demostrar su discapacidad o su estado de salud; sin embargo, señaló que no obra en el proceso dictamen alguno de pérdida de la capacidad laboral ni tampoco de las incapacidades concedidas, aunque conforme a la historia clínica, desde el 20 de junio de 2016 (fl. 12 a 14 y 15) el demandante venía perdiendo la visión de su ojo derecho; a fl. 22 se observa que se realizó una fotocoagulación en el ojo derecho y a fl. 35 se encuentra el Informe de Tomografía se concluye que el actor tiene una “pérdida de la arquitectura foveal en el ojo derecho. Los hallazgos indican secuelas por degeneración macular en el ojo derecho sin componente exudativa. Atrofia ipsilateral”; pero que no se aportó al proceso prueba que acredite la pérdida de la capacidad laboral, el origen de la misma, como tampoco que al momento de terminarse la relación laboral su empleador conociera de la existencia de la enfermedad. Además, señaló que conforme a la sentencia de segunda instancia de la acción de tutela, el actor no cumplió el requisito para tener estabilidad laboral reforzada, y además Famisanar EPS informó que con posterioridad a la terminación del contrato con la demandada, el actor prestó sus servicios a entidad conforme al planilla de pagos, con lo que se demuestra que el actor pudo acceder al mercado laboral aunque después fue desvinculado y por estas razones absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra

Recurso de Apelación

Adujo la parte **demandante** en su recurso de apelación que se encuentra demostrado que el demandante laboró para la demandada, así como la pérdida de la visión del ojo derecho con la historia clínica que obra a fls. 9 a 38 y que el actor solo fue consciente de su limitación cuando intentó ingresar al mercado laboral. Afirma que no se puede endilgar condena a la otra empresa empleadora ya que la discapacidad se presentó durante la relación laboral con la demandada ya que la empresa conocía la discapacidad lo que también fue notificado a la médica que le realizó el examen de retiro. Que su retiro no se dio por incumplimiento de sus funciones y que la demandada no trajo los testigos para que confirmaran la información de la cirugía ordenada al demandante y el representante legal no se hizo presente en el interrogatorio de parte; por lo que solicita se revoque la decisión y se condene a la demandada a reintegrar al trabajador.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: solicita revocar la decisión. Manifiesta que la discapacidad diagnosticada al demandante se presentó estando vinculado a la sociedad RODRÍGUEZ Y LONDOÑO S.A. y no podría endilgársele a un tercero de buena fe un hecho ocurrido en otra empresa. De otra parte, la demandada conocía de la limitación del trabajador porque tenía en su historia laboral el informe médico donde se determinaba el grado de incapacidad que padece. Además, el accionante le notificó a la médica que le realizo el examen de egreso, sobre dicha condición y ella no dejó anotación en el informe. Señala que la calidad de vida del actor ha desmejorado, toda vez que su discapacidad física, pese a sus estudios que lo certifican como técnico, no es aceptado en el mercado laboral y esto lo ha llevado a una permanente búsqueda de empleo para subsistir.

Parte demandada: guardó silencio en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se concreta a establecer si se encuentran acreditados los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones de la demanda, esto es, si se acreditó que el actor tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada por su enfermedad, si la empleadora conocía de la existencia de la enfermedad; y si en efecto, le corresponde a ella reintegrar al actor, para lo que se procede a revisar las pruebas allegadas al expediente.

- A folio 5 obra el certificado médico expedido por MEDIEXPRESS IPS donde se indica "RESTRICCIONES: Ninguna"; y como recomendaciones Control de peso y seguimiento por optometría y oftalmología.
- En la historia clínica vista a folios 7 a 32, se puede observar que el actor tiene restricciones para tareas de visión binocular, tareas de precisión y profundidad, que asistió a diferentes controles de retina y que padece degeneración de mácula y del polo posterior del ojo y atrofia macular en el ojo derecho por secuelas por macroaneurisma, retinopatía hipertensiva desde febrero de 2016 y conforme a

la tomografía óptica (fl 35) de fecha 27 de julio de 2016 el actor tuvo una pérdida de la arquitectura foveal en el ojo derecho. Los hallazgos indican secuelas por degeneración macular en el ojo derecho sin componente exudativo asociado.

Al respecto es necesario señalar que las personas en situación de discapacidad encuentran obstáculos para interactuar e integrarse a la vida laboral como lo ha indicado la recurrente y por ello, el legislador profirió entre otras, la Ley 361 de 1997 a fin de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas en condición de discapacidad, específicamente en el ámbito laboral.

En el caso bajo análisis para que el actor pueda tener derecho a la estabilidad laboral reforzada, era necesario que para el momento de la terminación unilateral del contrato, presentara una discapacidad física, psíquica o sensorial ya que no toda discapacidad goza de la protección establecida en la norma citada; sin embargo, aunque de la prueba documental relacionada se puede concluir que el actor tiene una enfermedad que afecta su ojo derecho, no se observa calificación de pérdida de la capacidad o incapacidad alguna durante la existencia de la relación laboral, como tampoco, que en efecto, tuviera pérdida total de la visión por el ojo derecho como se indica en el hecho 7º de la demanda

Sobre la estabilidad laboral reforzada por motivos de salud, la jurisprudencia entre otras, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017 y CSJ SL2814-2018, la alta Corporación señaló:

"Esta Sala determinó que no toda discapacidad goza de la protección a la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 pues, en concordancia con los artículos 1º y 5º de la citada ley, dedujo que gozan de dicha protección aquellos trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%). Bajo esta premisa, negó la protección al demandante quien sufría una incapacidad permanente parcial del 7.41%.

Así las cosas, conforme a la posición jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, la sola circunstancia de que el trabajador sufra alguna enfermedad o tenga una incapacidad temporal, no lo hace merecedor de la garantía de estabilidad reforzada.

Valoración conjunta de las pruebas

En el caso bajo estudio, con la documental allegada no demostró el demandante una incapacidad médica o la pérdida de la capacidad laboral para tener derecho a la estabilidad laboral pretendida, ni la pérdida de la visión del ojo derecho.

Ahora, al plenario no se allegó prueba alguna que acredite que su empleador conocía de su estado de salud máxime cuando no tuvo incapacidades. Si bien es cierto que el representante legal de la demandada no compareció al interrogatorio de parte, razón por la que se presumen ciertos los hechos de la demanda; también lo es, que revisados los contenidos en los folios 52 y 53 no se indicó en ninguno de ellos haber informado a su empleador la existencia de la enfermedad o de discapacidad alguna, por lo que no puede tenerse por cierto un hecho que no fue planteado en la demanda ni objeto de controversia en el proceso.

En lo que hace referencia a las pruebas declarativas, no allegó la parte actora testimonios que acreditaran el conocimiento de la demandada respecto de la pérdida de la visión del actor, pues no fueron solicitados en la demanda (fl. 55) y los que fueron pedidos por la parte demandada no asistieron, sin que por ello pueda endilgarse culpa alguna a la empleadora, pues era de su resorte allegarlos, mientras que era obligación de la parte actora allegar la prueba pertinente.

Por último, es cierto y así lo acepta la recurrente en su apelación que el actor con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo con la demandada prestó sus servicios a otra empresa, pues acorde con el informe que suministró FAMISANAR EPS al juzgado que conoció de la acción de tutela (fl. 77), se puede concluir que su padecimiento no fue obstáculo para ingresar nuevamente al mercado laboral; sin que pueda decirse que es la demandada y no la posterior empleadora quien debe reintegrarlo porque la enfermedad se presentó durante la vinculación laboral, pues como ya se indicó no demostró incapacidad o pérdida de la capacidad laboral para el momento del despido el 27 de abril de 2017, máxime cuando el examen médico de retiro expedido por MEDIEXPRESS IPS indica "**RESTRICCIONES: Ninguna**"; y como recomendaciones solo indica "control de peso y seguimiento por optometría y oftalmología."

En consonancia con lo anteriormente expuesto, se ha de **confirmar** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de mayo de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

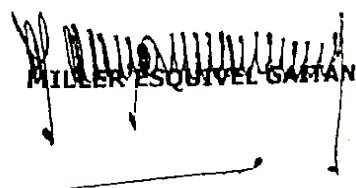
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DANIEL ANTONIO LÓPEZ DIAZ
CONTRA LA SOCIEDAD COLOMBIANA DE MUELLES-COLMUELLES Y
FERNANDO SAAVEDRA ARDILA. Rad. 2018 00016 01 Juz 27.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DANIEL ANTONIO LÓPEZ DIAZ demandó a la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MUELLES-COLMUELLES S.A. y FERNANDO SAAVEDRA ARDILA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 a 7.

- Existencia de contrato de trabajo.
- Despido injusto.
- Salarios.
- Indemnización por despido injusto.
- Indemnización moratoria.

- Indexación.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 6. Se vinculo a la empresa Colmuelles S.A. el 19 de diciembre de 1994 mediante un contrato a término indefinido. Inicialmente fue contratado para desempeñar labores de mensajero y posteriormente como administrador del almacén. El 26 de agosto de 2017 abonó la suma de \$150.000 por concepto de una factura de crédito, el actor hizo un recibo de caja por el valor abonado y la factura quedo registrada. El 19 de septiembre de 2017 el jefe le hizo el reclamo por anular el recibo y haber tomado dicho dinero. El señor Fernando Saavedra le pidió la carta de renuncia, situación a lo cual se negó el demandante. La jefe de gestión humana lo llamó para que rindiera descargos, diligencia que se llevó a cabo sin los requisitos legales. El 21 de septiembre de 2017 el accionante se presentó a trabajar y lo llamaron para que firmara la carta de despido por justa causa, a lo cual él se negó rotundamente, finalmente le enviaron la carta de despido por correo electrónico. Los empleadores no le cancelaron los últimos seis días laborados.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, la demandada contestó de la siguiente manera:

COLMUELLES S.A. contestó en los términos del escrito visibles a fls. 38 a 52.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ninguno de los hechos.
- Formulo como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

FERNANDO SAAVEDRA ARDILA contestó en los términos del escrito visibles a fls. 126 a 141.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ninguno de los hechos.
- Formulo como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso negar las pretensiones del demandante y absolver a la a la sociedad Colmuelles S.A. y al señor Fernando Saavedra Ardila. A su vez declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por los demandados. Llegó a esa determinación al analizar conjuntamente las pruebas documentales e interrogatorios de parte escuchados, donde quedó demostrado que el monto del dinero extraviado, independientemente que no se haya ocasionado un perjuicio significativo a la empresa, teniendo en cuenta las funciones y la responsabilidad del cargo de administrador del punto de venta que desarrollaba el demandante, concluye que la conducta del actor implicó una violación grave de sus obligaciones y por ende incurrió en la justa causa prevista en el artículo 62 del C.S.T., por lo tanto no tiene derecho a la indemnización que reclama. Respecto del pago de los salarios pretendidos, el demandante aceptó que recibió todas sus quincenas y la liquidación final aportada al plenario da cuenta que se efectuaron descuentos autorizados por el accionante en razón a dos créditos que adquirió con la empresa, por lo que no está probado que la sociedad demandada le adeude suma alguna por concepto de prestaciones sociales y por lo anterior deniega el pago de la indemnización moratoria solicitada.

Recurso de apelación

La parte demandante alega que en primera instancia se excluyó la valoración del video aportado donde se vislumbra el momento exacto donde se produce la anulación del recibo de caja, situación que es importante determinar quién fue realmente el responsable de la pérdida del dinero y no dar por hecho sin una sana crítica probatoria que el error fue del demandante. A su vez resalta la buena fe del actor durante los largos años que estuvo vinculado a la demandada en donde manejó grandes cantidades de dinero, lo cual demuestra que nunca tuvo intención de cometer una acción desleal en contra de la empresa, actitud que tampoco fue valorada por el A quo. Solicita se de aplicación al principio del *in dubio pro operario*.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: señala que el actor no incurrió en la falta que se le endilga, que el Juzgado omitió haber tenido en cuenta todo el acervo probatorio, toda vez que no debió haber prescindido de las pruebas que dijo no tener en cuenta, que los testigos del demandado rompieron el balance, el principio de igualdad y de equidad en el proceso, que haber prescindido de las pruebas que favorecerían al demandante por obvias razones la balanza se inclinaba a favor de los demandados, igualmente quebrantando los principios enseñados por la sana crítica. Por lo anteriormente expuesto reitera la solicitud de revocar la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda por no haberse probado con certeza absoluta la falta del demandante y en todo caso de los asomos de dudas sobre el tema se le dé aplicación al principio fundamental del *in dubio pro operario* que es de aplicación para el presente caso.

Parte demandada:

COLMUELLES S.A.S.: manifiesta que el fallo proferido por el Juzgado de primera instancia corresponde a una providencia que observó en debida forma las particulares del caso bajo estudio, concluyendo que entre el demandante y la accionada existió un vínculo laboral hasta el 21 de septiembre de 2017, fecha en la cual finalizó con justa causa. Así las cosas, en cuanto a la terminación del contrato quedó demostrado que el mismo finalizó con justa causa a él atribuible ante el grave incumplimiento de sus obligaciones laborales, legales y reglamentarias. Por lo expuesto, no cabe duda que el señor López no solo incumplió de manera grave con las obligaciones propias de su cargo, si no que adicionalmente defraudó la confianza que había sido depositada la empresa, actuando en contravía de lo contemplado en los lineamientos laborales y reglamentarios establecidos, situación que constituye una conducta totalmente contraria a las obligaciones propias como trabajador y a las responsabilidades establecidas dentro de la Compañía.

FERNANDO SAAVEDRA ARDILA: manifiesta que en primera instancia se observó en debida forma la inexistencia de relación laboral o de cualquier otra índole entre el señor Fernando Saavedra y el demandante, así como las particulares del caso bajo estudio, concluyendo que la terminación de la vinculación laboral que existió entre el demandante y la sociedad COLMUELES obedeció al grave incumplimiento de sus obligaciones laborales, legales y reglamentarias, y consecuentemente que no le asistía derecho a ninguna de las pretensiones incoadas en su demanda. Se aclara al despacho que, tal y como lo indicó el juzgador de primer grado, entre el demandante y el señor Fernando Saavedra jamás existió una relación laboral o de cualquier otra índole, pues dicha persona actúa como representante legal de la empresa COLMUELLES S.A.S., situación que no puede ser confundida con una subordinación como persona natural, pues el señor Saavedra siempre actuó como representante de la Empresa y no en nombre propio. Lo anterior aunado a que, como quedó dicho en el presente escrito, el contrato de trabajo del hoy demandante con COLMUELLES

terminó con justa causa a él atribuible, y en esa medida no hay lugar a ordenar a mi representado el pago indemnización alguna por despido sin justa causa, pues el contrato de trabajo finalizó por los graves incumplimientos a las obligaciones laborales en los que incurrió el extrabajador y que no existe fundamento jurídico alguno para lo pretendido pues esta consecuencia sólo está prevista para los casos taxativos contemplados en la ley, que no corresponden al presente caso.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a establecer si el despido obedeció a una justa causa como lo determino el A quo.

Existencia del Contrato de Trabajo y extremos

No está en discusión la vinculación laboral desde el 20 de diciembre de 1994 y hasta el 21 de septiembre de 2017, entre el señor DANIEL ANTONIO LÓPEZ DÍAZ y la empresa SOCIEDAD COLOMBIANA DE MUELLES-COLMUELLES S.A.

Terminación del contrato de trabajo

Por aceptado se tiene que el contrato de trabajo fue terminado en forma unilateral por parte del empleador, mediante comunicación de fecha 21 de septiembre de 2017 (fls. 16 y 17), en la que se invoca el artículo 62 literal a) numeral 6 del CST en concordancia con el artículo 58 numeral 1. Argumentó la decisión en el incumplimiento grave de sus funciones en el cargo de administrador de punto de venta, así como a las obligaciones legales y reglamentarias, y a los procedimientos previstos por la Organización para el

manejo de la caja y el reporte de los recibos de pago, lo que fue corroborado con la diligencia de descargos y los antecedentes disciplinarios por irregularidades presentadas en el cumplimiento de las funciones.

Así pues, al terminar la demandada el contrato de trabajo invocando justa causa, a ella corresponde la carga de probar la justeza de los hechos alegados para fenecer el vínculo laboral, so pena de correr con las consecuencias jurídicas propias del despido sin justa causa. Al respecto se allegó copia de la diligencia de descargos del 26 de junio de 2014 en la cual se le cuestionó si recibió la suma de \$150.000 en efectivo por parte del cliente Eduardo Moreno Pineda, y porque el recibo de caja que se realizó por esta suma aparece como anulado. Afirmó que recibió el dinero y realizó el recibo de caja, pero que no lo anuló. Reconoció que es el único que tiene acceso al sistema para anular los recibos de caja. Informó que es quien realiza el cierre de la caja a diario, la imprime y la revisa, pero no se imaginó que el recibo anulado era de ese cliente. Dijo que el dinero se encuentra en la empresa y que él no lo tomó.

Allegó la demandada copia del informe de auditoría de fecha 21 de septiembre de 2017 (fls. 88 y 89), el que arroja:

"Como ingeniero de Software de la compañía Colmuelles S.A. con el Nit. 830.008.309-8, certifico que en el informe de auditoría que arrojo el sistema se encontró que el día 26/08/2017 a la 1:41 p.m. fue anulado el recibo provisional No. 008-014824, desde el equipo con el serial No. PF058KX7, con la clave y el código asignado al señor Daniel Antonio López Díaz."

Se escucho a Fernando Saavedra Ardila en su calidad de representante legal de COLMUELLES SAS, quien dijo que los usuarios para acceder al sistema, son asignados a los trabajadores de la empresa por el departamento de sistemas. Al cierre del día en caso de existir sobrantes estos se debían consignar, en caso de faltantes se descontaban al trabajador. Adicional se deben informar al departamento de contabilidad las inconsistencias en el manejo de la caja, asignada para el manejo bajo

las directrices dadas por la compañía. La anulación del recibo de caja se advirtió solo hasta el 17 de septiembre, cuando el cliente se acerca a la compañía y exhibe el recibo de caja por valor de \$150.000 y solicita se verifique que ya había realizado el pago que se le solicite.

De igual manera se escuchó al demandante DANIEL ANTONIO LOPEZ DIAZ en interrogatorio de parte, dijo que el recibió y realizo el recibo de caja. Reconoció la firma impresa en el recibo de la anulación, sin embargo, dice que no realizó la anulación del recibo de caja.

En relación con los testigos, se escuchó a los señores María Mercedes Moreno Orjuela (esposa del demandante) y Marco Hussein Mariño (excompañero), quienes según la versión que dieron se trata de testigos de oídas, pues la versión rendida corresponde a lo contado por Daniel Antonio, no les consta en forma directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de la terminación de contrato del demandante. Se escucho a la testigo Andrea Patricia Gaitán Peña, quien dijo que trabaja con Inversión y Negocios S.A.S. y apoya en la parte administrativa y de recursos humanos de la demandada. La terminación del contrato de trabajo de Daniel López fue porque el cliente Eduardo Moreno Pineda se acercó a la empresa con un recibo de caja que aparecía anulado en el sistema. La empresa realizó el proceso disciplinario en el que tuvo en cuenta el recibo de caja anulado, el cierre de caja del día y la grabación de seguridad. Las claves para acceder al sistema son personales y no es posible que otra persona tenga acceso. Daniel tenía antecedentes de descuadre en la caja y autorizaba el descuento de su nómina de estos valores. Indicó no tener conocimiento sobre los saltos que tiene la grabación del día de los hechos.

Se escucho a la testigo Patricia Rodríguez Núñez, quien dijo trabajar en la nómina de SAAVEDRA TORNILLOS COLOMBIANOS S.A.S. y cooperan con la nómina de COLMUELLES S.A.S. Según la auditoria del sistema la anulación al recibo de caja del cliente Eduardo Moreno Pineda se realizó desde la terminal asignada al demandante

se realizó. El cliente se acercó a las instalaciones de la compañía a hacer el reclamo por la inconsistencia en el estado de su deuda. Dijo que el usuario y contraseña para acceder al sistema son personales, además solo el administrador de punto de venta puede anular los recibos de caja. La gerencia de COLMUELLES realizó el proceso disciplinario al demandante. Indicó no tener conocimiento sobre los saltos que tiene la grabación del día de los hechos. Se escucho al señor Pedro Ignacio Cantón Nieto, quien dijo ser director comercial de la demandada desde hace 10 años aproximadamente. La finalización del contrato de Daniel fue por el suceso del recibo que fue anulado por Daniel y que había sido pagado por el cliente. Informó que requirió a Daniel por las inconsistencias en la cartera del punto de venta. La tarea de elaboración de recibos de caja y anulación es exclusiva del administrador. La tarea de recibir dineros solo podía realizarla el administrador del punto de venta y el mensajero. Sobre el dinero del recibo la empresa tuvo que asumir esa suma.

Por su parte el actor, en la diligencia de descargos (fls. 113 y 114) aceptó la falla en sus actividades y funciones como administrador de punto de venta, que consistió en la no revisión de los recibo de caja anulados ese día, así como la repercusión en otros departamentos de la compañía de este mal procedimiento. Es de anotar que la parte demandada allegó el reglamento interno de trabajo (fls. 55 a 67), el "instructivo para el manejo de efectivo y consignaciones en punto de venta" (fls. 90 a 93), reporte de recibos de caja provisional de fecha 26 de agosto de 2017 donde se encuentra relacionado el No. 008-014824 como ANULADO (fl. 94), el recibo provisional No. 008-014824 con valor registrado en ceros (fl. 96), comprobante de contabilidad de fecha 28 de septiembre de 2017 (fl. 97 a 101), donde se relacionan cuatro asientos contables con sus correspondientes facturas de venta, con anotación "FAC CANC X DANIEL Y NO ENCONTRADO EL DINERO". De lo anterior, se observan determinadas las faltas en el cumplimiento de las funciones y del reglamento interno de trabajo (fls. 55 a 67).

Por lo anterior concluye la Sala que no se discute la ocurrencia de los hechos en que sustentó la demandada la terminación del contrato, y que se corrobora con la diligencia

de descargos. Empero, nótese que el demandante baso su defensa en que el no anulo el recibo provisional No. 008-014824, y que esto se podía corroborar con el video de folio 53 del día 26 de agosto de 2017 entre las 13:30 a 13:50, sin embargo revisado el mismo, a pesar de existir saltos en la grabación no es posible establecer su manipulación. De otra parte no es posible determinar con absoluta certeza al demandante, tampoco permite verificar la manipulación realizada en el equipo de cómputo, razón por la cual tal como lo concluyó la A quo, no es posible con este medio probatorio dar razón al actor.

En relación con la aplicación del principio jurídico de *in dubio pro operario*, el que dispone que en caso de duda esta debe ser resuelta a favor del trabajador, se debe señalar que en el presente caso no existe duda sobre la aplicación de la norma o alguna situación jurídica en la cual se deba favorecer al trabajador.

De conformidad con lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de noviembre de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

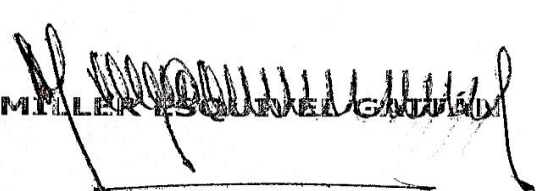
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS EDUARDO ORDOSGOITIA
ARRIETA CONTRA LA SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE
COLOMBIA- SAYCO. Rad. 2018 00265 01 Juz 32.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CARLOS EDUARDO ORDOSGOITIA ARRIETA demandó a LA SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA- SAYCO, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 4.

- Reconocimiento de fuero circunstancial.
- Despido sin justa causa.
- Reintegro.
- Salarios.
- Cesantías e intereses a las cesantías.
- Vacaciones
- Prima de servicios.
- Aportes al sistema de seguridad social integral.
- Sanción por no pago de cesantías.
- Indexación
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 5. Se vinculó con Sayco el 20 de septiembre de 2013 por medio de un contrato laboral a término indefinido en el cargo de director financiero. Devengaba un salario integral por valor de \$8.376.549. se afilio a la organización sindical Sintrasayco en octubre de 2013. Sintrasayco radicó ante el Ministerio de trabajo el 20 de octubre de 2014 denuncia por vencimiento de la convención colectiva de trabajo vigente entre los años 2012-2014. El 4 de noviembre el sindicato presentó pliego de peticiones ante Sayco. La etapa de arreglo directo de la negociación colectiva entre la empresa y Sintrasayco se inició el 11 de noviembre de 2014 y culminó el 9 de diciembre del mismo año. El 10 de febrero de 2015 Sayco notifica la terminación unilateral del contrato de trabajo del actor. El ministerio de trabajo mediante resolución 000830 del 9 de marzo de 2015 ordenó la integración de un tribunal de arbitramento para dirimir el conflicto colectivo entre Sayco y Sintrasayco. El tribunal quedó integrado mediante resolución 0878 del 15 de marzo de 2016 y el 4 de mayo de 2016 se expidió el laudo arbitral. El demandante elevó reclamación administrativa ante Sayco el 29 de enero de 2018, mediante la cual solicitó su reintegro por amparo del fuero circunstancial. La entidad nunca dio respuesta a la petición.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, la demandada **La Sociedad de Autores de Colombia-SAYCO**, contestó en los términos del escrito visible a folios 131 a 134.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de inicio del contrato laboral, el cargo desempeñado, el salario devengado, el pliego de peticiones presentado por SINTRASAYCO, la etapa de arreglo y negociación hasta el laudo arbitral y la solicitud elevada ante esa sociedad.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de fuero circunstancial, cobro de lo no debido y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declarar probada la excepción de inexistencia

de fuero circunstancial y cobro de lo no debido propuesta por Sayco. Llegó a esa determinación al considerar que el actor es un trabajador de dirección, manejo y confianza en el cargo de director financiero que desempeñaba. El demandante no logró probar la afiliación al sindicato SINTRASAYCO pues el mismo indicio en el interrogatorio de parte que nunca supo la razón de los descuentos que le hacían de cuota sindical, ya que no fue un miembro activo y no se afilió voluntariamente a dicha organización sindical, por cuanto no es dable la prosperidad de la declaratoria de fuero circunstancial a favor del demandante y mucho menos el reintegro deprecado junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que reclama.

Recurso de apelación

La parte demandante alega que el juez se apartó del criterio doctrinal para definir lo que es un trabajador de dirección, confianza y manejo, ya que las tres calidades no pueden ir en conjunto para un solo trabajador, tienen distinción una de la otra y haber declarado las tres condiciones en el demandante es un error de apreciación. Además, señala que el actor para todos los efectos era afiliado del sindicato y por tanto tiene derechos a los beneficios o prerrogativas que se pacten en la negociación colectiva. Manifiesta que no está conforme con la condena en costas y agencias en derecho en su contra, pues le parece una suma exagerada para un ciudadano que está desempleado y solo acude ante la justicia para reclamar sus derechos laborales.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada: guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si el demandante gozaba del

fueron circunstancial alegado y por ello tienen vocación de prosperidad las demás pretensiones de la demanda.

No se controvierte que las partes estuvieron unidas por un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 20 de septiembre de 2013 y que se dio por terminado por parte de la demandada sin justa causa el 10 de febrero de 2015, hechos que se pueden corroborar con la copia del contrato de trabajo (fls. 10 a 14), certificación laboral (fl. 144) y la carta de terminación (fls. 17). Igualmente, la existencia de la convención colectiva para el periodo 2012 -2014 con la organización Sindicato De Trabajadores de Sayco SINTRASAYCO, convención que fue denunciada por la demandada (fl. 45-47). SINTRASAYCO presentó pliego de peticiones el 4 de noviembre de 2014 (fl. 48), la etapa de arreglo directo de la negociación colectiva entre la empresa y SINTRASAYCO tuvo lugar entre el 11 de noviembre y el 9 de diciembre de 2014 (fls. 53 a 60). La integración del Tribunal de Arbitramento fue ordenada por el Ministerio de Trabajo mediante resolución 000830 del 9 de marzo de 2015 (fls. 63 a 65) y el 4 de mayo de 2016 se expidió el laudo arbitral (fls. 34 a 43). En virtud de lo anterior para el 10 de febrero de 2015 fecha en que termino el contrato de trabajo la demandada se encontraba vigente en la empresa un conflicto colectivo de trabajo.

El problema a resolver es establecer el alcance de fuero circunstancial, el cual se encuentra definido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 que indica:

"ARTICULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto."

Por su parte, el Decreto Reglamentario 1469 de 1978 en su artículo 36, dispuso:

"La protección a que se refiere el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso".

La lectura sistemática de las normas aplicables al caso, efectivamente protegen a la organización sindical y a los trabajadores sindicalizados como aquellos que no lo están, que inmersos en el conflicto colectivo puedan conserven *"la intangibilidad de estos trabajadores con el fin de que no resulten afectados por medidas que pueden tener contenido retaliativo, y así mismo, la de evitar que se afecten las proporciones*

entre trabajadores vinculados o no al conflicto, para impedir que de tal forma se generen cambios en las mayorías, que habrán de ser muy importantes al momento de tomar determinaciones sobre el objetivo del conflicto” (CSJ Sentencia de octubre 5 de 1998).

Ahora, precisa La Sala que de conformidad con el art. 167 del CGP, incumbe a la parte actora, probar en el proceso los supuestos de los hechos respecto de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. Dicho esto se procede a determinar si en efecto el actor estuvo vinculado a SINTRASAYCO o si se encuentra dentro del supuesto de los trabajadores no sindicalizados que presentan un pliego de peticiones, pues de ello depende la prosperidad de las demás pretensiones. En el caso de estudio, el demandante no aportó documental alguna proveniente de la organización sindical que diera cuenta de su afiliación con SINTRASAYCO, organización que se encontraba en negociación del pliego de peticiones para el momento del despido. El demandante CARLOS EDUARDO ORDOSGOITIA ARRIETA al absolver interrogatorio de parte afirmó que no existe un documento formal de afiliación a esa organización y que no participó en las reuniones, pero si se benefició al recibir prima extra legal. Dijo que no participó en la elaboración del pliego de peticiones ni en las negociaciones con el empleador. En relación con sus funciones afirmó elaborar el presupuesto anual así como hacer un seguimiento mensual. También se encontraba el manejo de las cajas menores, negociación de divisas, actualización de procedimientos internos del área, asistencia a reuniones, realización de convenios con bancos, manifestó tener personal a cargo para el caso del coordinador de compras, sin embargo afirmó que sus tareas eran operativas y que su cargo no era de confianza y dirección.

Se escucho al señor José Edgar Bustos Pérez, quien laboró para SAYCO en el cargo de coordinador de sistemas de calidad, dijo que le hicieron descuentos por nómina de cuota sindical pero no sabía la razón por la cual se realizaban, además no cuenta con una prueba de su afiliación al sindicato. De la afiliación del demandante a la organización sindical no puede confirmar la misma. No conoce de la negociación colectiva. Tenía conocimientos que todos los empleados recibían como beneficio convencional la prima extra legal. Interpuso una demanda en contra de la SAYCO alegando el fuero circunstancial. De las funciones del actor como director financiero dijo que no tenía toma de decisiones, debía confeccionar el presupuesto, participar en reuniones operativas, no sabe o no recuerda si el coordinador de compras

dependía del demandante y que el superior era el gerente. Se escucho a Cesar Augusto Umaña Avendaño en su calidad de Representante Legal de la demandada SAYCO, dijo que el cargo desempeñado por el actor correspondía al de director financiero, departamento que sirve de el apoyo a la referencia en los procesos de planeación y seguimiento, dentro de las funciones se encuentra las de elaborar el presupuesto, así como su seguimiento. Para la época de los hechos se le hacían descuentos por cuota sindical a todos los empleados por solicitud del sindicato y así procedió recursos humanos, sin que el demandante hubiera presentado reclamación por este descuento. Se escucho a Otto Adel Medina Monterrosa, quien dijo haber sido compañero de trabajo del actor en Sayco, donde laboró en el cargo de director de comunicaciones de 2013 a 2015. Dijo que no tenía facultades de contratación de personal. Los cargos de director dependen de la gerencia. Las políticas financieras son tomadas por la gerencia y la Asamblea. Considera que el cargo de director no es un cargo de dirección. Tiene conocimiento de la existencia del sindicato pero no hacia parte del sindicato ni de la negociación, señaló que se le hicieron descuentos por aporte sindical pero no sabe la razón y no cuestiono porque. Desconoce las funciones realizadas por el actor en el cargo de director financiero.

Si bien alega el demandante que le fueron realizados descuentos por cuota sindical con SINTRASAYCO, lo cierto es que al absolver interrogatorio de parte dijo que no sabe el motivo por el cual le realizaban los descuentos a SINTRASAYCO, y afirmó no haberse afiliado a esa organización. En igual sentido los testigos José Edgar Bustos Pérez y Otto Adel Medina Monterrosa manifestaron no haberse afiliado al sindicato pero que se le hacían descuentos mensuales por este concepto. Situación que cobra sentido con lo manifestado por la parte demandada al señalar que se le realizaban descuentos a todos los empleados por cuanto SINTRASAYCO tenía como afiliados a más de la tercera parte de los empleados, por lo que en concordancia con la Convención Colectiva vigente de 2012 - 2014 y en virtud de la ley 50 de 1990¹, obliga a un descuento por cuota sindical a los trabajadores no sindicalizados. En este punto, es de anotar que a pesar que se tuvieron por ciertos los hechos 2,6 y 2,7 que hacen referencia a la afiliación del actor con SINTRASAYCO desde el año 2013, como consecuencia procesal ante su falta de pronunciamiento por parte de la pasiva², lo

¹ Artículo 68. Cuota por beneficio convencional. Los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención colectiva, deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato.

² ARTICULO 31. FORMA Y REQUISITOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La contestación de la demanda contendrá:

1. El nombre del demandado, su domicilio y dirección; los de su representante o su apoderado en caso de no comparecer por sí mismo.

2. Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones.

3. Un pronunciamiento expreso y concreto sobre cada uno de los hechos de la demanda, indicando los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará las razones de su respuesta. **Si no lo hiciere así, se tendrá como probado el respectivo hecho o hechos.**

4. Los hechos, fundamentos y razones de derecho de su defensa.

5. La petición en forma individualizada y concreta de los medios de prueba, y

cierto es que no puede apartarse La Sala de la realidad procesal y de las afirmaciones vertidas en la declaración del actor, tal como lo concluyó el A quo. Con todo, se tiene que el actor no logra demostrar su afiliación a SINTRASAYCO, organización que se encontraba en negociación del pliego de peticiones para el momento de la terminación del contrato de trabajo (febrero de 2015) y tampoco acredita ser parte de los trabajadores no sindicalizados que presentaron el pliego de peticiones.

Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que *"En consecuencia, el artículo 25 mencionado no puede entenderse en los términos sugeridos por el recurrente cuando insinúa que presentado el pliego de peticiones la protección se extiende a todos los trabajadores y en particular en este caso al demandante, dado que la norma no impone el requisito de la afiliación previa al sindicato, con lo cual desde luego, con cierto rodeo, pretende desdeñar la posición del tribunal al negar el reintegro con base en el desconocimiento de la empresa de dicho estado de afiliación del demandante, porque como ya se dijo la norma se refiere a varias hipótesis y una de ellas ello es que si el conflicto colectivo se hace a instancias de un sindicato el fuero circunstancial protege a los afiliados al mismo, únicamente; mientras que si lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados, sólo estos están protegidos por la anotada garantía, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte en sentencias de 11 de agosto de 2004, radicado 22.616 y de 28 de febrero de 2007, radicado 29.081. Así lo entendió el ad quem, que partió del supuesto de que el pliego fue presentado por la organización sindical y por ende sus afiliados quedaban amparados, en principio, con el aludido fuero."*(CSJ sentencia del 10 de julio de 2012, No. 39453). Luego, sin que se hagan necesarias mas consideraciones en lo que hace referencia al cargo de dirección confianza y manejo que desempeñó el actor, se tiene que no le es extensible el amparo foral por no estar vinculado a SINTRASAYCO para el momento en que finalizó su relación laboral, y por ende no procede el reintegro que solicita, así como a las acreencias que se derivan del mismo.

En relación con el desacuerdo con la suma establecida por las agencias en derecho que manifiesta tener la parte demandante, lo mismo se deberá recurrir en su momento procesal oportuno y con el mecanismo para ello previsto en el artículo 365 del C.G.P.³

6. Las excepciones que pretenda hacer valer debidamente fundamentadas.

³ 5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

Por las anteriores consideraciones se **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de octubre de 2019, de conformidad con las razones expuestas en la parte motivas de esta providencia.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

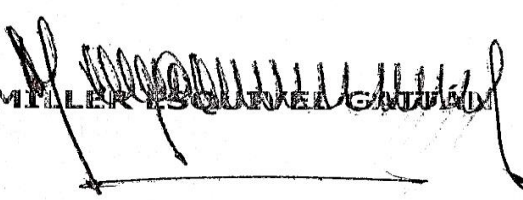
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA YOLANDA BERNAL CARRILLO CONTRA LA SOCIEDAD ASESORES DE SISTEMAS ESPECIALIZADOS EN SOFTWARE- ASESOWARE S.A.S. Rad. 2018 00273 01 Juz 02.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARTHA YOLANDA BERNAL CARRILLO demandó a la SOCIEDAD ASESORES DE SISTEMAS ESPECIALIZADOS EN SOFTWARE- ASESOWARE S.A.S para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 1 a 2.

- Despido injusto.
- Reintegro.
- Pago de prestaciones sociales.
- Salarios.
- Primas legales y extralegales.
- Vacaciones.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 4. Se vinculó a la sociedad Asesoware S.A.S. el 12 de marzo de 2012 mediante contrato de trabajo a término indefinido, ocupando el cargo de analista de pruebas. El salario inicial era de \$2.900.000 y \$300.000 en bonos. El último salario devengado correspondió a la suma de \$4.160.000. En mayo de 2016 la demandante es diagnosticada con cáncer

de mama, por lo que fue intervenida quirúrgicamente en tres oportunidades. En diciembre de 2017 Asesoftware le solicitó la actualización de su hoja de vida y un reporte de sus labores realizadas en la empresa. En enero de 2018 Colombia Digital solicita a la actora su hoja de vida para participar en una convocatoria realizada por la Secretaria Distrital. Asesoftware se presentó de forma fraudulenta en la licitación de Colombia Compra Eficiente, utilizando el nombre de la demandante con su firma falsificada. El 16 de febrero de 2018 la señora Martha Yolanda Bernal Carrillo fue llamada para rendir descargos. En la diligencia le refirieron que todo se debía a que ella había participado en la licitación de la secretaria distrital. El 20 de febrero de 2018 le entregaron la carta de despido y su respectiva liquidación.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, la demandada contestó de la siguiente manera:

La SOCIEDAD ASES SOFTWARE S.A.S. contestó en los términos del escrito visible a fls. 71 a 79.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que la demandante empezó a trabajar con la empresa el 12 de marzo de 2012, el cargo desempeñado, el salario referido, la diligencia de descargos y la anotación de la demandante a la liquidación entregada.
- Formuló como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación laboral, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y compensación.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación laboral, buena fe y cobro de lo no debido propuestas por la sociedad Asesoftware S.A.S. Llegó a esa determinación al considerar que no le asiste el derecho a la demandante por no darse los presupuestos para declarar el despido injusto y por consiguiente no hay lugar al pago de la indemnización y

prestaciones sociales solicitadas. Esto al tener en cuenta que la actora incumplió la cláusula pactada en el contrato, al cometer un acto desleal en contra de la entidad accionada, pues participo en una licitación con otro proponente sin autorización del gerente general, pues de ponerse de presente por la demandante su participación muy seguramente el empleador hubiera tomado los correctivos necesarios para subsanar su postulación. Además se determinó que la causa de su despido no obedeció tampoco a sus padecimientos físicos, ni muchos menos se acredita que fue motivado en razones discriminatorias, por el contrario la extinción del vínculo laboral obedeció a una justa causa legal.

Recurso de Apelación

La parte demandante alega que pese a los quebrantos de salud y continuas intervenciones quirúrgicas practicadas a la actora, el empleador no solicitó la autorización ante el Ministerio de Trabajo, lo que deviene en un despido injustificado, y que establecer como justa causa de terminación del vínculo laboral la inscripción a la licitación de otro proponente no es una causal legal para dar por terminado el contrato, pues la demandante tenía derecho a buscar un mejor trabajo, además de que tampoco está obligada a permanecer perpetuamente en el cargo que tenía en la entidad demandada.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: ruega se revoque el fallo. Considera que el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta para desatar la litis propuesta, la circunstancia cierta e inobjetable como aparece probada y aportada por la parte demandada, en la que es evidente que Asesoftware si conocía el padecimientos de la demandante, tal y como se prueba con la incapacidad anexa y que a pesar de ello se obvio el permiso ante el inspector de trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo bajo una justa causa.

Parte demandada: solicita se confirme la decisión. Manifiesta que se declaró probadas las excepciones propuestas, en razón a que el juez encontró probado la justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte de la Empresa

demandada, toda vez que siendo su empleada y desempeñando un cargo de confianza, se presentó y firmó documento de una licitación pública de otra empresa competencia de ASES SOFTWARE S.A.S. en la que presta sus servicios exclusivos, por lo cual no podía bajo ningún aspecto prestar su nombre a la empresa de la competencia en la misma licitación pública, hecho que por demás afectó a la compañía. La demandante faltó al principio de la lealtad y buena fe debida entre las partes en ejecución del contrato de trabajo, por lo que no tiene fundamento alguno traer como pretexto que fue despedida por la enfermedad que padece.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si el despido se realizó en contravía de la estabilidad reforzada de la cual gozaba la actora o si obedeció a una justa causa como lo determino el A quo.

Existencia del Contrato de Trabajo y extremos

No está en discusión la vinculación laboral desde el 12 de marzo de 2012 y hasta el 20 de febrero de 2018 mediante un contrato de trabajo a término indefinido, entre MARTHA YOLANDA BERNAL CARRILLO y la empresa SOCIEDAD ASESORES DE SISTEMAS ESPECIALIZADOS EN SOFTWARE- ASES SOFTWARE S.A.S.

Estabilidad Laboral Reforzada

En lo que respecta a la estabilidad laboral reforzada que estima la demandante la abrigaba al momento en que se produjo la terminación del contrato, se debe recordar que la jurisprudencia laboral ha considerado que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato se traduce en una garantía especial dentro de la legislación actual, que procede exclusivamente para las personas que presenten una "*minusvalía*" o "*limitación*", superior a la moderada inclusive, con sujeción al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, más no para las que padezcan cualquier tipo de

limitación, ni menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud (sentencias de 27 ene. 2010 rad. 37514, de 30 ene. 2013 rad. 41867, SL14134, SL12110 y SL13657 de 2015 rads. 53083, 48484 y 56316, entre muchas otras más). Sin embargo, no se puede perder de vista, por una parte, que el mencionado artículo 7° del Decreto 2463 actualmente no se encuentra vigente, en virtud de la expedición del Decreto 1352 de 2013 y por lo mismo no podría hablarse de limitaciones en los grados allí previstos, por lo que en aquellos eventos en los que se encontraba vigente tal precepto, la Sala ha optado por aplicar el criterio de la jurisprudencia constitucional según el cual esta protección especial procede para todos aquellos sujetos que presenten alguna afectación en su estado de salud, pero siempre y cuando aquel les impida ejercer una actividad laboral en condiciones normales, es decir, sobre todos aquellos que presentan un grado de discapacidad aunque no los coloque en situación de invalidez o con una pérdida de capacidad laboral en los grados anteriormente referidos, **sino en un estado de debilidad manifiesta dada la afección física, sensorial o psíquica** (CC, sentencias T-307 de 2010, T-516 de 2011, T-302 de 2013, y T-420 de 2015).

Pues bien. No siempre se tiene una calificación de la pérdida de la capacidad laboral que permita determinar con exactitud la severidad de los quebrantos físicos o psicológicos que soporta una persona, para la cual como ya se había dicho, debe el trabajador adolecer de una afectación a la salud que le impida ejercer una actividad laboral en condiciones normales. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL11411-2017, radicación 67595 del 2 de agosto de 2017 con relación a este aspecto adoctrinó:

"...la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad. (Sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845) (...)

Así las cosas, no le asiste razón a la censura al sostener que para que el demandante pudiera ser objeto de especial protección a la estabilidad laboral, debía contar con un carné o certificación que lo identificara como minusválido o disminuido, pues tales documentos no tenían un carácter constitutivo de esa condición.

Igual situación se predica del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, pues, de acuerdo con lo adoctrinado por esta sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria. (Sentencia CSJ SL10538-2016)”

Quiere decir lo anterior que sin importar que exista previa calificación, debe aparecer acreditada la condición de debilidad manifiesta del trabajador para hacerse beneficiario de la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En punto de lo anterior, se tiene que la demandante junto con su escrito incoatorio allego aparte de su historia clínica (fls. 19 a 28), de la cual se advierte que fue diagnosticada con “CA DE MAMA”, le realizaron cirugía “MASTECTOMÍA CON PRESERVACIÓN DE PIEL SACRIFICIO DEL CAP MAS GANGLIO CENTINELLA MÁS RECONSTRUCCIÓN CON DORSAL Y PROTESIS” el 29 de julio de 2016, con examen físico de mama reconstructiva con buena evolución, examen de inmunohistoquímica negativo. En el año 2017 se observa una cirugía posterior ambulatoria, consistente en la reconstrucción del complejo auroral, procedimiento no incluido en el POS.

Por su parte la demandada allegó el cruce de correos electrónicos relacionados con la incapacidad medica por 30 días a partir del 29 de julio de 2016 con DX CA DE MAMA (fl. 96 a 100) dada a la actora, por lo que se tiene que la empresa era conocedora de su estado de salud. Adicional se aportó copia de la incapacidad medica por 1 día para el 26 de enero de 2018 con diagnostico dolores abdominales y los no especificados (fl. 101 a 103)

Concluyéndose de estos medios probatorios que si bien a la demandante le fue practicada una cirugía por diagnostico de CA DE MAMA, lo cierto es que la fecha en que la llamada a juicio finiquitó el contrato de trabajo no se evidencia que se encontrara en tratamiento y tampoco contaba con incapacidad médica, más aun las cirugías posteriores fueron solicitadas por el “ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PLÁSTICA Y ONCÓLOGA”. Por ello, al estudiar el alcance del amparo solicitado al momento de la finalización del contrato, y en concordancia con lo señalado en la sentencia SL1360-2018 se concluye que el acto de desvinculación no precedió a un criterio

discriminatorio motivado en el estado de salud de la demandante¹, pues al contrario obedeció a la conclusión de la diligencia de descargos en que se escuchó a la actora respecto de las faltas que se le indilgaban. Se debe precisar que si bien no se desconoce el diagnostico que en algún momento tuvo la demandante, en el expediente no quedan dudas de que el estado de salud de Bernal Carrillo no era un obstáculo para desarrollar las actividades cotidianas de la labor contratada, más aún, cuando le fue solicitada la hoja de vida y los proyectos realizados, es evidente que el propósito de la empresa era continuar con el vínculo contractual con la demandante y enlazarla en el nuevo proyecto al cual se estaba presentando en la licitación.

En consecuencia, ante la falta de prueba de la limitación sustancial de la capacidad laboral de la demandante, no se puede concluir que la afección padecida fuera el motivo de la desvinculación y mucho menos que ésta se apoyó en razones discriminatorias, por lo que la terminación del contrato de trabajo se considera legítima.

Terminación del contrato de trabajo

Ahora, como quiera que la demandante solicita la indemnización por despido sin justa causa, se pasa a estudiar el mismo. Por aceptado se tiene que el contrato de trabajo fue terminado en forma unilateral por parte del empleador, mediante comunicación de fecha 20 de febrero de 2018 (fls. 110 a 112), en la que se invoca el artículo 62 ordinal a numeral 2, 4 y 6 del CST, así como lo dispuesto en el contrato de trabajo en las cláusulas 2 y 3 literal g. Luego de hacer referencia a la diligencia de descargos, argumentó la decisión en el incumplimiento del deber de obediencia y fidelidad que conlleva la pérdida de confianza de la empresa en la actora, los hechos acaecidos con la licitación que tienen como consecuencia el deterioro de la imagen de la empresa además del detrimento de la posibilidad de una oportunidad de negocio.

¹ En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

Así pues, al terminar la demandada el contrato de trabajo invocando justa causa, a ella corresponde la carga de probar la justeza de los hechos alegados para fenecer el vínculo laboral, so pena de correr con las consecuencias jurídicas propias del despido sin justa causa. Al respecto se allegó copia de la diligencia de descargos del 16 de febrero de 2018 en la cual manifestó que autorizo la hoja de vida con el proponente Corporación Colombia Digital, afirmó que en otras ocasiones se había presentado su hoja de vida en estas condiciones y no había pasado nada, señaló que esta abierta a las ofertas laborales que le realicen. Finalmente dice que incurrió por desconocimiento y que no sabía que eso iba a pasar.

La demandante allegó copia de la denuncia por falsedad ante la Fiscalía General de la Nación (fls. 11 a 14) por no haber suscrito ella directamente los formatos presentados a la convocoatoria, copia del formato carta de compromiso personal dirigida a la secretaria jurídica distrital por parte de Asesoftware (fl. 29) con la firma de la actora, certificación laboral expedida por la empresa CHOUCAIR en relación con demandante (fl. 30), copia del anexo 6. Formato de experiencia equipo de trabajo habilidades donde se incluye a Martha Yolanda y de igual manera suscrito por la actora (fl. 31). Contrato individual de trabajo a término indefinido (fls. 32 a 42) con sus respectivos anexos. La demandada allegó correo electrónico con la relación proyectos de la actora de fecha 15 de enero de 2018 (fl. 104). Copia del formato Anexo 7 "formato de carta de compromiso personal" dirigida a la secretaria jurídica distrital (fl. 105) donde señala que autoriza la presentación de la hoja de vida para el proceso SJD-CM-01-2017 únicamente con el proponente CORPORACIÓN COLOMBIA DIGITAL y para desempeñar el rol ingeniero de calidad con una dedicación de 50% suscrito por Martha Bernal. Adjunto copia de la documental donde consta la observación de Management and Quality donde se advierte que la demandante fue presentada con dos oferentes en la misma licitación.

En relación con las declaraciones, FREDDY ALEXANDER DURAN en su calidad de REPRESENTANTE LEGAL SUPLENTE de ASES SOFTWARE, al rendir interrogatorio de parte indica que los empleados aportaban las incapacidades por medio de su jefe o al departamento de gestión humana, no le constan que fueran acompañadas de la historia clínica. Dice que los psicólogos iban a los proyectos, la psicóloga Carminia no le notificó sobre la enfermedad de la demandante. No sabe si a la demandante se le notificó que se presentarían a la licitación con su hoja de vida. Manifiesta que

ellos escanean las hojas de vidas de los empleados de la compañía normalmente en los procesos licitatorios para enviarlas porque tienen un repositorio de certificaciones, hojas de vida y firmas porque son empleados de la compañía. Es cierto que la firma de la demandante fue escaneada en los formatos obligatorios para participar en la licitación, cree que un solo formato debía ir firmado por la demandante para la postulación de la licitación, escanean la firma en vez de hacerle firmar los formatos porque es un procedimiento normal al interior de la compañía, esto porque la trabajadora iba a hacer parte en el proyecto en caso de ganar la licitación. La encargada del departamento de gestión humana es Lucila Martínez, y describe el procedimiento de las personas que tienen incapacidades, esto es informar a su jefe o al departamento de gestión humana, enviar el soporte de la incapacidad, normalmente envían una foto y luego la piden en físico. La hoja de vida es el currículum laboral de la persona, eso es lo que está escaneado. Existe un procedimiento de descargos cuando se va a despedir a una persona, en el caso de Martha no es temas de enfermedad sino por un tema ético al presentarse a otra licitación sin avisar, situación que pudo afectar la postulación a la licitación de la empresa. No sabe si la demandante estaba incurso en una licencia o un fuero.

La demandante MARTHA YOLANDA BERNAL-DEMANDANTE al rendir interrogatorio de parte manifiesta que si suscribió el contrato que contiene una cláusula de exclusividad, así como la cláusula referente al pacto de pagos no salariales de conformidad con el artículo 128 del CST y la ley 50 de 1990. Referente a los acuerdos de patentes, invenciones y otros derechos de propiedad creativa y donde constan los acuerdos de ética y competencia dijo que si los firmó y acepto dicho acuerdo. La labor que desempeñaba en la empresa era la de analista de pruebas para el cliente Seguros Bolívar. El cargo correspondió a analista de pruebas, debía ejecutar escenarios, validar y ejecutar que los programas no tuvieran errores. Acepto que autorizo a la Corporación Colombia digital la presentación de su hoja de vida, pues el cargo allá era analista QA con un horario diferente, donde había desarrollado anteriormente actividades con el conocimiento de su jefe. Tiene tres hijos que dependen económicamente de ella y necesita aumentar sus ingresos. Asesofware no le hizo firmar los documentos del formato de actividades y la constancia de trabajo, por eso no se enteró que estaba presentado en la licitación. Como profesional siempre otorgaba hojas de vida en busca de mejores oportunidades, no lo considero como un acto desleal porque en su vida profesional le han solicitado

hojas de vida para presentarse en licitaciones. Cuando fue a Colombia compra eficiente tuvo conocimiento que fueron varias las razones por la cuales se rechazó la licitación. Fue llamada a descargos, en la diligencia asistieron 5 personas entre ellos el jefe del QA y por recurso humanos dos personas. Se sintió señalada y no pudo defenderse, le leyeron un cuestionario al que debía contestar sí o no, le dijeron que era desleal porque había licitado con otra empresa. Al día siguiente le entregaron una carta de despido y su liquidación. desde abril de 2016 fue diagnosticada con cáncer, en agosto de 2016 le dijeron que era un cáncer maligno, en el año 2016 tuvo una cirugía y en el año 2017 tuvo dos más, aportó a Asesoftware las incapacidades. La psicóloga se llamaba Carlota, le dio que iba a mediar ante recursos humanos por sus tratamientos, cirugías y demás temas médicos. Se apartaron dos incapacidades, la empresa siempre solicitaba el original de la incapacidad y la copia de la historia clínica, el esposo iba y las dejaba en físico en la recepción de la empresa.

Se escucho en calidad de testigo a LUCILA MARTÍNEZ, gerente de gestión humana en Asesoftware. Martha entró a la empresa en marzo de 2012 como analista de pruebas senior. Cuando se presenta licitaciones se mira en las bases de datos cuales son los empleados que cumplen con los perfiles, y pues Martha Yolanda cumplía con el perfil requerido para una licitación con Secretaria Jurídica Distrital. Se presentó su hoja de vida en esa licitación y al cabo de un tiempo se presentó un inconveniente con los documentos aportados de la hoja de vida de Martha Yolanda porque se había presentado con otra empresa para la misma licitación. Por esta razón consideraron desleal su actuar al tener en cuenta firmo una cláusula de exclusividad con Asesoftware. Por lo anterior fue llamada a descargos y allí contesto que había hecho eso en otras oportunidades y no había tenido inconveniente alguno. El procedimiento de la presentación de las incapacidades es primero avisarle al jefe, estas incapacidades las recibe gestión humana, se cobran ante la EPS y luego se pasan al área de salud ocupacional. Como jefe de gestión humana no conocía el diagnóstico de cáncer, el jefe directo de la señora Martha era Edwin Marín. Se enteró del cáncer de la demandante y de la intervención quirúrgica cuando reunieron las pruebas para contestar la demanda. La actora normalmente presentaba incapacidades por dolores o padecimientos leves como gastritis, dolores de cabeza, etc., pero que no recuerda la última. En la revisión por parte del abogado previo a la finalización del contrato no encontraron documentos o soportes que dijeran que

tenía cáncer. Al terminar el contrato se le entrega a la persona una carta con una guía que indica donde se debe presentar para hacerse el examen clínico de egreso. El motivo de la terminación del contrato de trabajo fue la presentación de su hoja de vida con otra empresa para la misma licitación, por ser un acto desleal y que incumple la cláusula de exclusividad con la empresa, razón por la cual se le inició el proceso disciplinario a Martha Yolanda.

Con las pruebas recibidas, la demandada ratificó los hechos en los cuales se sustentó la diligencia de descargos que sirvió de apoyo para el despido, como quiera que dieran cuenta que la demandante faltó al clausulado del contrato de trabajo en particular lo que hace referencia a la exclusividad pactada con empleador y a la fidelidad.

Por lo anterior concluye la Sala que no se discute la ocurrencia de los hechos en que sustentó la demandada la terminación del contrato, y que se corrobora con la diligencia de descargos y con las declaraciones antes dichas. Empero, nótese que la demandante baso su defensa en la busca de mejores oportunidades, situación que es obvia en cualquier persona que tiene aspiraciones de mejorar su posición laboral. Señala de igual manera el desconocimiento de hacer parte de la licitación por parte de su empleador pues los documentos que se adjuntaron a la propuesta en la licitación no fueron suscritos por ella, ante lo que se debe decir de una parte que a pesar de allegar copia de la denuncia ante la Fiscalía General de la Nación no se aportó una decisión judicial que de cuenta de la falsedad que alega, de otro lado se resalta se resalta que lo alegado por el empleador es la falta de lealtad al presentarse con dos proponentes diferentes a la misma licitación, siendo conocedora que constituye una causal de observaciones para quienes se postulan, pues debió poner de presente esta situación a su jefe directo, así las cosas estos argumentos no avalan la falta que cometió y que dio lugar a la terminación de su vínculo laboral.

De conformidad con lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de octubre de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

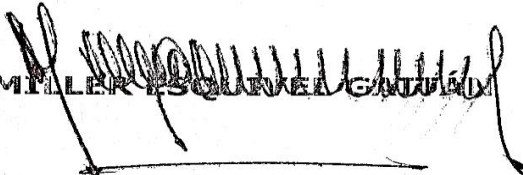
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PEDRO ANTONIO MORALES CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Rad.
2018 00699 Juz. 21.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

PEDRO ANTONIO MORALES demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 2 a 3.

- Incremento por personas a cargo.
- Pago de intereses moratorios.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 4. Nació el 2 de octubre de 1951, contrajo matrimonio civil con MARGARITA MORALES BENITEZ el 13 de agosto de 2010 y han tenido una convivencia continua e ininterrumpida hace más de 23 años. Fruto de su unión tuvieron un hijo llamado BRAYAN DAVID MORALES MORALES, quien es menor de edad. Su esposa e hijo dependen económicamente de él. El ISS en Resolución No. 131389 del 13 de diciembre de 2011, reconoció pensión de vejez

a partir del 1 de diciembre de 2011. Agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, solicitud que fue negada.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 31 a 38.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la fecha en que el actor cumplió los 60 años de edad, el reconocimiento pensional bajo el acuerdo No.049 de 1990, que no le fue reconocido el incremento del 14% con la pensión, las peticiones elevadas por el demandante, así como la negativa a la solicitud y dijo no constarle lo relacionado con el matrimonio y la dependencia económica de la pareja y su hijo.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y la obligación, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C. e indexación o reajuste, no configuración del derecho al pago de intereses e indemnización moratoria, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar esa decisión tuvo en cuenta que los incrementos pensionales no hacen parte integral de la pensión establecida en el Acuerdo 049 de 1990, y estos fueron derogados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo anterior, al causar el demandante su derecho en fecha posterior al 1 de abril de 1994, para su caso no están vigentes estos incrementos.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada: Manifiesta que las pretensiones del actor carecen de fundamentos legales y en consecuencia solicita se mantenga en firme el fallo a favor de Colpensiones. En el presente proceso tenemos que la entidad reconoció pensión de vejez conforme los parámetros del acuerdo 049 de 1990 por medio de la resolución 131389 del 13 de diciembre de 2011. Es por lo anteriormente expuesto, que COLPENSIONES no dio aplicación a lo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 literal b), ya que para el momento en que el actor cumplía con los requisitos para obtener el derecho pretendido a la pensión de vejez, dicha normatividad se encontraba DEROGADA, conforme a lo consagrado en los artículos 36, 283 y 289 de la ley 100/93.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, al no haber prosperado sus pretensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 8 de junio de 2018 (fls. 16 a 17), en la que solicitó el incremento por personas a cargo. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No se controvierte que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez bajo lo normado en el Acuerdo 049 de 1990 mediante la resolución No. 131389 del 13 de diciembre de 2011, a partir del 1 de diciembre de 2011 en cuantía del smmlv.

Vigencia y exigibilidad de los Incrementos Pensionales

Frente a la vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales La Sala aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque

la pensión se causó durante su vigencia o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición, al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional.

No obstante, no puede pasar desapercibido que en sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política¹, criterio que acogerá La Sala y por consiguiente se entrara a verificar la fecha en que el demandante cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, para así determinar el eventual derecho a los citados incrementos. En el caso que nos ocupa se tiene que la pensión de vejez fue reconocida de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 mediante Resolución No. 131389 del 13 de diciembre de 2011 (fls. 12 a 13) a partir del 1 de diciembre de 2011, por lo que se concluye que fue solo a partir de esta última fecha que acreditó todos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, data para cual ya se encontraba derogado el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 que consagraba los precitados incrementos y por tanto hace inviable su aplicación.

De conformidad con lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia consultada.

¹ "De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieren cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 10 de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

Sin perjuicio de la anterior fundamentación, la Corte así mismo recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 200, que adicionó el artículo 48 de la Constitución"

COSTAS

Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Sin costas en esta instancia.

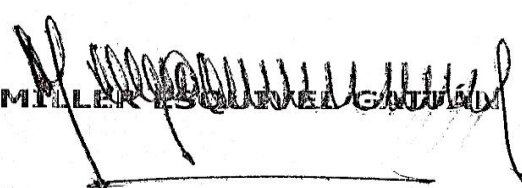
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RAFAEL ÁRIAS HERNÁNDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Rad. 2019 00199 Juz. 16.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

AUTO

Solicita el demandante se tenga en cuenta las pruebas enunciadas en la sustentación del recurso de apelación y que fueron allegadas en esta instancia para efectos de su análisis en la decisión de fondo.

Según el artículo 83 del CPT y SS, en el trámite de segunda instancia las partes solo pueden solicitar la práctica de aquellas pruebas que fueron decretadas por el juez, pero se dejaron de practicar sin culpa de la parte interesada, sin embargo, observado el trámite de primera instancia se corrobora que estas documentales no fueron solicitadas, además en esta etapa procesal no se advierte su necesidad para la decisión del recurso de apelación. Por todo lo anterior no hay lugar a decretar las pruebas solicitadas.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

SENTENCIA

RAFAEL ARIAS HERNÁNDEZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 10 a 11.

- Incremento por personas a cargo.
- Retroactivo del incremento pensional.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 9 a 10. Mediante la resolución No. 030136 del 26 de junio de 2009 se le reconoció pensión de vejez a partir del 17 de mayo de 2019. El demandante contrajo matrimonio católico con Ana Satulia Quiroga Bautista. Señala que su esposa depende económicamente de él. Agotó la reclamación administrativa, solicitud que fue negada por Colpensiones.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 21 a 25.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó el reconocimiento pensional, la petición elevada por el demandante la cual fue negada y dijo no constarle lo relacionado con el matrimonio.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar esa decisión tuvo en cuenta que el demandante no acreditó los factores integrantes del supuesto normativo del acuerdo

049 de 1990 en cuanto a la dependencia económica de la cónyuge y que no goza de pensión alguna, por tanto, denegó el incremento pensional solicitado.

Recurso de Apelación

La parte demandante inconforme con la decisión manifiesta que la carga probatoria para demostrar la dependencia económica de la cónyuge no recae exclusivamente en la parte actora, toda vez que Colpensiones también debía aportar prueba alguna que desvirtuará dicha condición o el juez desde sus facultades podía decretarla de oficio. Por lo anterior señala que allegará la prueba ausente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que sea analizada en esta instancia.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: guardó silencio en esta etapa.

Parte demandada: solicita se confirme el fallo, toda vez que, no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a establecer si resulta procedente el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta emitida por Colpensiones de fecha 7 de abril de 2018 (fl.6) a la solicitud de incremento por

personas a cargo. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No se controvierte que al demandante le fue reconocida la pensión bajo lo normado en el Acuerdo 049 de 1990 mediante la resolución No. 03016 del 26 de junio de 2009 a partir del 17 de mayo de 2009.

Vigencia y exigibilidad de los Incrementos Pensionales

Frente a la vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales La Sala aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque la pensión se causó durante su vigencia o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición, al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional.

No obstante, no puede pasar desapercibido que en sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política¹, criterio que acogerá La

¹ "De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 10 de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir

Sala y por consiguiente se entrara a verificar la fecha en que el demandante cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, para así determinar el eventual derecho a los citados incrementos. En el caso que nos ocupa se tiene que la pensión de vejez fue reconocida de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 mediante Resolución No. 030136 del 26 de junio de 2009 (fl. 5) a partir del 17 de mayo de 2009, por lo que se concluye que fue solo a partir de esta última fecha que acreditó todos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, data para cual ya se encontraba derogado el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 que consagraba los precitados incrementos y por tanto hace inviable su aplicación.

La Sala precisa entonces, que la controversia no parte del supuesto que se tuvo en cuenta en primera instancia y en el recurso de apelación para negar las pretensiones del demandante por la ausencia de medio probatorio alguno que demostrará la dependencia económica de la cónyuge. Por el contrario, el sustento jurídico se centra en que no es procedente el reconocimiento del incremento pensional deprecado, debido a que el actor adquirió su derecho a la pensión de vejez, hasta después de entrada en vigencia la ley 100 de 1993, norma que derogó los incrementos y no exceptuó tampoco a los beneficiarios del régimen de transición, como ocurre en el presente caso. Conforme a las anteriores condiciones, no está llamado a prosperar el incremento solicitado.

De conformidad con lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

Sin perjuicio de la anterior fundamentación, la Corte así mismo recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 200, que adicionó el artículo 48 de la Constitución”

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: COSTAS. Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Las de alzada están a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Trescientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

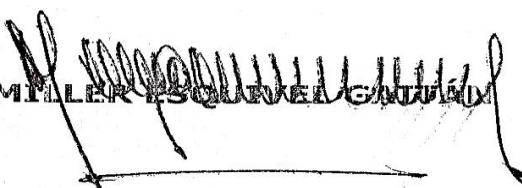
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ISABEL TERESA NOCUA PÉREZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00271 01 Juz 19.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

ENTENCIA

ISABEL TERESA NOCUA PÉREZ demandó a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 a 6.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 5. Nació el 24 de abril de 1960, se afilió al ISS el 1 de julio de 1987 donde cotizó hasta septiembre de 1994. Se trasladó a la AFP COLPATRIA (hoy Porvenir S.A.) el 22 de agosto de 1994. En el año 1995 laboró para la empresa Pontificia Universidad Javeriana. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 13 de julio de 2018 elevó reclamación administrativa (CD.fl.47) ante

COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado y su retorno al RPM, la cual fue negada. En la actualidad sigue afiliada a la AFP Porvenir.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 29 a 39.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante.
- Propuso como excepciones de mérito la inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media, falta de reclamación administrativa, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó como consta a fls. 63 a 72.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y el traslado efectuado a Porvenir en 1994.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Colpatria (hoy Porvenir) de fecha 22 de agosto de 1994. Ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber

de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen.

Recurso de apelación

LA AFP Porvenir considera que no es procedente la condena, toda vez que el traslado se efectuó a través de Colpatria y por tanto Porvenir no tiene injerencia alguna en la afiliación de la demandante en ese momento. En cuanto a la devolución de los valores por concepto de gastos de administración a Colpensiones, manifiesta que constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de dicha entidad y de la demandante, además que esta situación causaría un detrimento patrimonial a la administradora de pensiones. Solicita no se condene en costas a Porvenir en esta instancia.

COLPENSIONES no está de acuerdo con el fallo en la medida que para la fecha de traslado la normatividad solo exigía la suscripción del formulario de afiliación, en ese momento no existía la obligación de una doble asesoría por parte de la AFP. Manifiesta que Colpensiones es un tercero de buena fe en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos tienen efectos interpartes y las consecuencias que se derivan solo deben repercutir sobre las partes involucradas. Ahora bien, en cuanto a la carga de la prueba, considera que los fondos privados están obligados solamente a demostrar el consentimiento vertido en la solicitud de afiliación. Señala que La demandante se encuentra en la prohibición señalada por la ley 100/93, ya que le faltan menos de diez años para tener derecho a la pensión de vejez, por lo tanto, no puede aceptarse su retorno al RPM, además que afectaría la sostenibilidad financiera de la entidad. Solicita se adicione a la sentencia que la condena impuesta a Colpensiones, solo se podrá hacer efectiva una vez la AFP cumpla las obligaciones ordenadas en la providencia.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: guardó silencio en esta etapa.

Parte demandada

COLPENSIONES: Manifiesta que el traslado se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó la afiliación suscribiendo los formularios para efectuarlo. Indica que la falta al deber de información que tiene la AFP PORVENIR al momento de la suscripción del formulario de afiliación pasa por alto que para esa fecha año 1995, la realidad del momento, según la normatividad aplicable para esa época, era la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen vertida en la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud.

AFP PORVENIR: no hizo uso de ellos en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, la devolución de los gastos de administración, la legitimación por pasiva de Porvenir y la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 13 de julio de 2018 (CD fl. 47), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 22 de agosto de 1994, cuando solicitó su vinculación a la AFP COLPATRIA (hoy Porvenir), según formulario que reposa a folio 74.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien la actora el 22 de agosto de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colpatria (hoy Porvenir) (fl. 74), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Cuando el consentimiento informado no consiste en una asesoría detallada, suficiente, oportuna y veraz sobre las implicaciones del traslado, los beneficios, desventajas de pertenecer a uno u otro régimen que garantice un total entendimiento de sus efectos desde la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional (CSJ, 31.989 de 2008)³, de tal forma que el traslado de régimen que se haga sin el suministro de información suficiente por parte de la AFP sobre aspectos relevantes relativos a las implicaciones en el derecho pensional, constituye un engaño para el afiliado que vicia el consentimiento y torna ineficaz el traslado. Sobre la calidad de la información que debe brindarse por las administradoras, la misma debe manejarse con prudencia tanto frente a lo que se dice como a lo que no, toda vez que el deber de “buen consejo” que se le exige a la administradora de pensiones, implica que deben hacer una ilustración suficiente al

² “No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

afiliado, que le permita conocer las diferentes alternativas, una proyección del monto de la pensión, si existe alguna diferencia en el pago de los aportes, las implicaciones, beneficios y desventajas, aun cuando dicha información conlleve a que el involucrado desista de su decisión por motivos de conveniencia. (SL 12136- 2014).

De acuerdo a lo anterior, la AFP Porvenir no acreditó haber brindado a la actora un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019).

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la AFP PORVENIR, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás , es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Porvenir a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

En este sentido, pese a que Colpensiones es un tercero ajeno al acto de afiliación entre la accionante y la AFP está obligado a recibir como afiliada al Régimen de Prima Media a la demandante, debido a que en razón a la declaratoria de nulidad todo debe retornar a su estado anterior. Son las AFP las cuales deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los

rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020³) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

Respecto a lo manifestado por Porvenir de ser un tercero de buena fe que no tiene injerencia alguna en el contrato suscrito entre la AFP Colpatria y la demandante en dicho momento, la Sala advierte que se aparta del argumento, comoquiera que en virtud de lo establecido reiteradamente por la Superintendencia de Sociedades en el régimen de autorización general para llevar a cabo las reformas estatutarias de Fusión y Escisión por parte de las sociedades vigiladas, el fenómeno jurídico de la fusión, a través del cual una o varias sociedades se extinguen y consolidan sus patrimonios en la fusionante o absorbente, toda vez que, al formalizarse el acuerdo de fusión, las sociedades absorbidas se disuelven y desaparecen, excluyendo la liquidación, y por ende, su patrimonio íntegro pasa a la sociedad que se constituya, la cual asume todas las obligaciones y derechos de la compañía disuelta. Conforme a lo anterior la AFP PORVENIR es la entidad legitimada por pasiva y la llamada a responder en el presente asunto.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”*.

⁴. El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

Ahora bien, con respecto a lo manifestado por Colpensiones de adicionar a la decisión que el cumplimiento de la condena en su contra se condicione hasta tanto la AFP efectúe la devolución de los gastos de administración y demás valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, La Sala precisa que no resulta viable, toda vez que los trámites y gestiones administrativas entre fondos de pensiones no pueden poner en suspenso el derecho pensional del afiliado. Conforme a lo anterior no se acoge dicha súplica.

Así mismo en atención a la solicitud de las recurrentes de no ser condenadas en costas, debe decirse que con base en el artículo 365 del Código General del Proceso, que dispone:

*"En los procesos y en las actuaciones posteriores de aquellos en que haya controversia sobre la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le **resuelva desfavorablemente en el recurso de apelación**, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"*

Por lo anterior se condenará en costas a las recurrentes en esta instancia.

Bajo los anteriores razonamientos se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

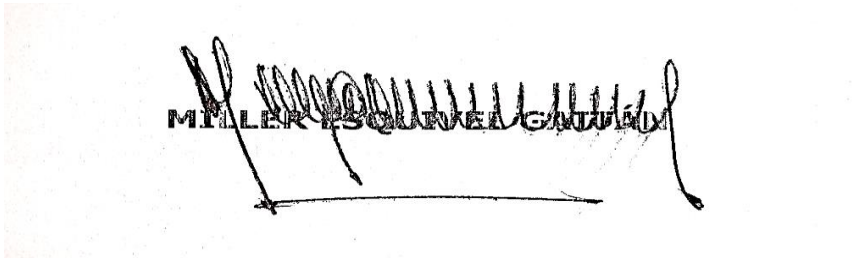
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA LUCÍA MARQUEZ ROCHA
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00594 01 Juz 21.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARTHA LUCÍA MARQUEZ ROCHA demandó a la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 a 4.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 7. Nació el 2 de junio de 1962, se afilió al ISS el 7 de julio de 1980. Se trasladó a COLPATRIA (hoy PORVENIR) el 19 de febrero de 1998, según afiliación que se hizo efectiva hasta el 1 de abril del mismo año. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional, así como la negociación del bono pensional o como podría acceder a la pensión

anticipada de vejez. La AFP no desalentó a la demandante en continuar vinculada al RAIS. La accionante radicó solicitud de traslado de régimen pensional ante Colpensiones el 26 de marzo de 2019, petición que fue rechazada por la entidad. Así mismo elevó la misma solicitud ante el fondo de pensiones Porvenir S.A., la cual mediante comunicación escrita negó el requerimiento de la actora. Actualmente sigue afiliada y cotizando a la Administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las accionadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 184 a 197.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que la demandante en la actualidad se encuentra afiliada a Porvenir S.A.
- Formuló como excepciones de fondo la descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

LA AFP PORVENIR contestó en los términos del escrito visible a folios 101 a 129.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación a Colpatria que se hizo efectiva el 1 de abril de 1998, que Colpatria fue fusionada por la sociedad Horizonte S.A. el 29 de septiembre del 2000, la solicitud de traslado de régimen pensional radicada ante Porvenir la cual fue negada y la afiliación actual de la actora al fondo de pensiones.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., de fecha 19 de febrero de 1998. Ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP PORVENIR no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

La AFP PORVENIR inconforme con la decisión, manifiesta que la afiliación efectuada por la actora fue de forma libre, voluntaria y espontánea mediante la debida asesoría e información suministrada, en este sentido obedeció a una decisión informada con el cumplimiento de todas las exigencias legales al momento de la suscripción del formulario de vinculación, el cual era el único formalismo normativo que debían cumplir las administradoras de pensiones para la fecha del traslado. Indica que la demandante tenía pleno conocimiento de las características y condiciones del RAIS y su intención de permanecer en el mismo fue ratificada por medio de los múltiples traslados horizontales realizados. Solicita no se ordene el traslado de los gastos de administración y comisiones, ya que son el resultado de la gestión del fondo de pensiones y por ende se deben respetar las restituciones mutuas y las primas de seguro provisional que son destinadas a cubrir riesgos de enfermedad, invalidez y muerte.

La demandada COLPENSIONES alega que en el traslado efectuado no hubo un error por vicio del consentimiento y por el contrario la demandante suscribió el formulario de manera libre y voluntaria. A su vez señala que la actora tuvo la intención de permanecer en el RAIS lo cual se evidencia en los traslados horizontales realizados. Manifiesta que la carga de la prueba no le corresponde a la AFP, toda vez que hay una errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil y que a todas luces se torna imposible probar hechos ocurridos hace más de 20 años.

Respecto del deber de información, solo se materializó a través de la ley 1748 de 2014, y el decreto 2071 de 2015 pues los fondos privados solamente cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, por cuanto las leyes que surgieron entre 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación. Resalta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, es decir que no tiene una expectativa real sobre su derecho pensional para poder regresar al RPM en cualquier momento. A su vez afirma que recibir a la actora en Colpensiones presupone un riesgo para la estabilidad financiera del sistema de pensiones. Ruega que, de confirmarse la decisión, se ordene a la AFP la devolución de los aportes debidamente indexados y no se condene en costas a la entidad en esta instancia.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: solicita se confirme la sentencia. Considera que el fallo se encuentra ajustado a derecho y acorde con la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, hechos y pruebas arrimadas al proceso.

Parte demandada

COLPENSIONES: manifiesta que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003. Señala que no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, ahora bien, nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir. Considera que se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones de otros afiliados.

PORVENIR: solicita revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional por las siguientes razones: Cabe señalar que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro

individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. En lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen pensional y la devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, consecuentemente, deberá desestimarse la condena en costas.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el traslado del capital acumulado junto con los gastos de administración y la estabilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 27 de marzo de 2019 (fls. 46 a 49), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 19 de febrero de 1998, cuando solicitó su vinculación a la AFP COLPATRIA (hoy Porvenir S.A.), según formulario que reposa a folio 131.

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 19 de febrero de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLPATRIA (hoy Porvenir S.A.) (fl. 131), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del

1 Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Quando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea

Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

Sin embargo, la AFP PORVENIR no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen. La solicitud de afiliación allegada (fl. 131) consignada con la firma de la demandante, no es prueba suficiente para probar un consentimiento debidamente informado. Además, tampoco fue realizada una proyección de su mesada pensional o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

Respecto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias, como la SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

De acuerdo a lo planteado por Colpensiones acerca de la errónea interpretación y aplicación del artículo 1604 del Código Civil para tratar el tema de los contratos de afiliación y que la inversión de la carga probatoria no debe estar en cabeza exclusiva de la administradora de pensiones, La Sala no comparte dicha afirmación, toda vez que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-2817 de 2019 adoctrino que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS, está en cabeza del fondo de pensiones, al respecto dijo:

"Corresponde a la AFP brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión y realmente libre sobre su futuro pensional" y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP [...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa como aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido".

En el mismo sentido en la sentencia CSJ SL 1688-2019 la Corte se pronunció, así;

"en torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil, establece que la prueba de diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de lo que se sigue es que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional".

Así mismo, al ordenarse a los fondos pensionales del RAIS que devuelvan los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, con

cargo de las propias utilidades, con lo que asumen el deterioro sufrido por el bien administrado, se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020) como quiera que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por lo que no resulta viable la indexación de las sumas que se trasladaran.

De igual forma La Sala no acoge el argumento de Colpensiones en lo que tiene que ver con el traslado entre administradoras del mismo régimen, toda vez que se corrobora que la demandante desde su traslado inicial al RAIS solo estuvo afiliada a la administradora de pensiones PORVENIR S.A. y a lo largo del tiempo soportó los múltiples cambios y fusiones de la misma. Ahora bien, respecto a la súplica de no condenársele en costas por ser un tercero ajeno de buena, debe precisarse que el artículo 365 del Código General del Proceso, dispone:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: I.) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente en el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto".

Por lo anterior se condenará en costas a las recurrentes en esta instancia.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

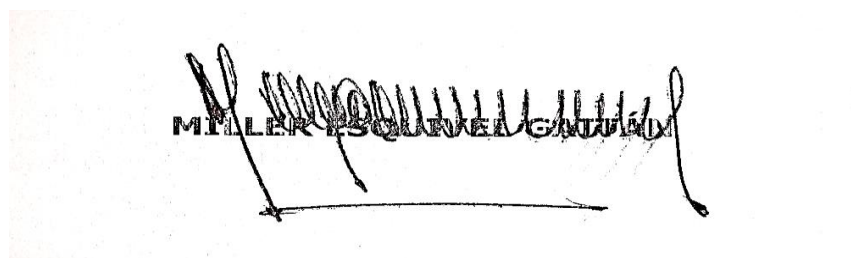
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EZEQUIEL BORBON CAICEDO
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Rad. 2019 00165 Juz. 33.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

EZEQUIEL BORBON CAICEDO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 a 5.

- Incremento por personas a cargo.
- Retroactivo del incremento pensional a partir del 1 de junio de 1999.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 4. Mediante la resolución No. 010770 del 16 de mayo de 1999 se le reconoció pensión de vejez a partir del 1 de junio de 1999. El demandante contrajo matrimonio católico con Gladys Naranjo de Borbón el 19 de marzo de 1965. Señala que su esposa depende económicamente de él. Agotó la reclamación administrativa, solicitud que fue negada por Colpensiones.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 32 a 39.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó el reconocimiento pensional bajo el acuerdo 049 de 1990, que contrajo matrimonio católico con Gladys Naranjo, la petición elevada por el demandante la cual fue negada.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, inaplicabilidad del decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, inexistencia del cobro de forma indexada de las sumas pretendidas, buena fe, prescripción, nulidad de sentencia SU-310 del 10 de mayo de 2017 por medio de auto 320 de 2018, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso condenar a la demandada al pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo a partir del 15 de diciembre de 2013 y hasta que subsistan las causas que le dieron origen al reconocimiento por 14 mesadas al año, cuyo retroactivo a junio de 2020 asciende a la suma de \$9'420.449. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones y condenó a la indexación de dichos conceptos. Llegó a esa determinación, toda vez que se acreditó el vínculo conyugal y la dependencia económica de la señora Gladys Naranjo de Borbón respecto del demandante. Además, el despacho encuentra que el actor reúne todos los requisitos contemplados en el acuerdo 049 de 1990.

Recurso de Apelación

La parte demandada inconforme con la decisión manifiesta que el despacho comete un error al no acoger la sentencia de unificación SU-140 de 2019 de la Corte Constitucional, toda vez que esta corporación esta encargada de velar por la protección de la constitución y sus decisiones tienen fuerza vinculante. Indica que el

juez debió haberla tenido en cuenta, en razón a que los argumentos expuestos en la sentencia dan importancia a la preponderancia de la sostenibilidad financiera del sistema pensional. De igual forma considera que Colpensiones no debe asumir una carga pensional que no fue cotizada porque causaría un detrimento patrimonial a la entidad. Aduce que en el caso de que no se acojan dichos argumentos, solicita se declare la prescripción total de los incrementos pensionales, debido a que estos no forman parte integrante de la pensión y el demandante solo tenía tres años para adelantar la acción, situación que no fue realizada en el término oportuno.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: guardó silencio en esta procesal.

Parte demandada: solicita se revoque el fallo. Manifiesta que se debe acoger el precedente jurisprudencial de la sentencia SU 140 de marzo de 2019, en el cual se unifico jurisprudencia respecto de incrementos pensionales. La Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos. El artículo 36 de la Ley 100 de 1.993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales. Conforme el artículo 3 de la ley 153 de 1887, existió una derogatorio orgánica del artículo 21 y 22 del acuerdo 049 de 1990, y como se estipula en el artículo 289 de la ley 100/1993.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta emitida por Colpensiones de fecha 15 de diciembre de 2016 (fl.20) a la solicitud de incremento por cónyuge a cargo. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No se controvierte que al demandante le fue reconocida la pensión bajo lo normado en el Acuerdo 049 de 1990 mediante la resolución No. 010770 del 16 de mayo de 1999 a partir del 1 de junio de 1999.

Vigencia y exigibilidad de los Incrementos Pensionales

Frente a la vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales La Sala aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque la pensión se causó durante su vigencia o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición, al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional.

No obstante, no puede pasar desapercibido que en sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política¹, criterio que acogerá La Sala

¹ "De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 10 de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

Sin perjuicio de la anterior fundamentación, la Corte así mismo recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 200, que adicionó el artículo 48 de la Constitución"

y por consiguiente se entrara a verificar la fecha en que el demandante cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, para así determinar el eventual derecho a los citados incrementos.

En el caso que nos ocupa se tiene que la pensión de vejez fue reconocida de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 mediante Resolución No. 010770 del 16 de mayo de 1999 (fl. 17) a partir del 1 de junio de 1999, por lo que se concluye que fue solo a partir de esta última fecha que acreditó todos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, data para cual ya se encontraba derogado el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 que consagraba los precitados incrementos y por tanto hace inviable su aplicación.

Por otra parte, en lo relacionado con los argumentos propuestos por Colpensiones en cuanto a la afectación de la sostenibilidad financiera y la prescripción, La Sala advierte que se relevará de su estudio, debido a la improcedencia del incremento solicitado.

De conformidad con lo expuesto, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedaran a cargo de la parte demandante. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de junio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

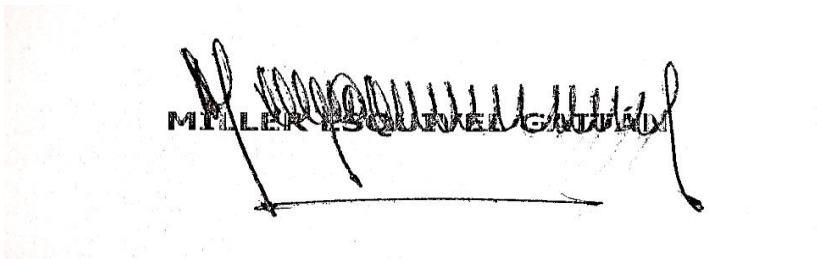
SEGUNDO: COSTAS. Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedan a cargo de la parte demandante. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ