

000004



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

22 SEP -8 PM 2:07

[Firma manuscrita]

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANDRES IGNACIO ILLERA PACHECO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00609 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2022, por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada en marzo de 1997 a PORVENIR S.A., como consecuencia, se condene a PORVENIR a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación a ese régimen como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, se condene a COLPENSIONES a recibir los valores obtenidos en virtud de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad de PORVENIR como a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas, lo ultra y extra petita, las costas y gastos del proceso.

Como sustento de las pretensiones, manifestó que inició sus aportes al Instituto de Seguros Sociales ISS desde febrero de 1989, fue trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad por el fondo Privado PORVENIR S.A., al momento del traslado no fue informado por ese fondo de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones.

PORVENIR contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque el demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre y espontanea completamente informado, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrea tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. No se acredita los supuestos para la existencia de un vicio del consentimiento.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra porque en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se este en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del DEMANDANTE, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU 062-2010, no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, sancionamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas

en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 20 enero de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el demandante con la AFP PORVENIR S.A. el 14 de febrero de 1997, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Igualmente, PORVENIR S.A. debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiese descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria. Ordenó a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al régimen de prima media con prestación definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS. Declaró no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES y PORVENIR. Ordenó la consulta de la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

COLPENSIONES: i) la decisión de ineficacia afecta el patrimonio de la entidad, ii) el demandante no se debe exonerar de la obligación legal de informarse para la elección del régimen, siendo negligente en el cumplimiento de esa obligación, aunado a que no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efectos la afiliación, como el derecho al retracto y la invocación de la acción de rescisión, y iii) el interés general debe primar sobre el interés particular, por lo que la decisión afecta el patrimonio público, porque el ahorro fue particular y no financió el régimen de prima media.

PORVENIR S.A. i) el precedente se debe aplicar para casos homogéneos y no a todos los casos indiscriminadamente, como por ejemplo, no se aplica en el presente caso que el traslado se dio de manera voluntaria e informada, ii) el deber de información ha evolucionado con las normas que lo han regulado y por ende la entidad no estaba obligada a entregar información basada en el buen consejo, ni a hacer proyecciones, y en consecuencia, no se puede equiparar el deber de información al momento del traslado con el deber de

información que exige la normatividad hoy, iii) el demandante aceptó en el interrogatorio haber recibido información y que su traslado fue voluntario, iv) no procede la condena de devolución de los gastos de administración, aunado a que no es coherente que a la ineficacia se le den traslados ex tunc para unos eventos y para otros no, porque si se declara que el negocio no existió entonces tampoco se generaron los rendimientos, al ser estos una prerrogativa del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, v) se afecta la sostenibilidad financiera en la medida que la decisión debió ser emitida con un informe técnico con base en los principios de universalidad y eficiencia.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si hay lugar a la devolución de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- Archivo cuaderno principal:
- copia de la cédula de ciudadanía que indica que el demandante nació el 11 de diciembre de 1961.
 - Historia laboral consolidada PORVENIR.
 - Simulación pensional PORVENIR.
 - Reporte semanas cotizadas en pensiones a COLPENSIONES.
 - Respuesta de COLPENSIONES.
 - Solicitud de vinculación a PORVENIR el 14 de febrero de 1997.
 - Registro SIAFP.
 - Certificación de afiliación a PORVENIR.
 - Relación histórica de movimientos Porvenir.
 - Resumen historia laboral bono pensional.

 - Expediente administrativo.

 - Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Solidaridad antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según se deduce del interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, Ahora, respecto del argumento de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la descapitalización del sistema porque la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con*

Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,..."

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables"

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene

una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en

el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro". (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la

jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable declarar la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado

la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no

recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP PORVENIR relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no prosperan los argumentos del recurso de apelación y se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

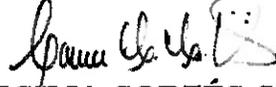
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de enero de 2022 por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclarar voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SONIA ENITH SALAZAR MAYORGA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 040 2021 00067 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de junio de 2022, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se impute en su historia laboral los pagos realizados por la empleadora SANDRA BIBIANA CASTILLO SALAZAR de las planillas por PILA del periodo del 21 de enero de 2000 y diciembre de 2006 a favor de la demandante SONIA ENITH SALAZAR MAYORGA; en consecuencia, teniendo en cuenta el tiempo laborado – cotizado y la edad se condene a la demandada al reconocimiento en forma vitalicia y definitiva de la pensión de vejez bajo el régimen establecido en el Decreto 758 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, a partir del 1 de febrero de 2012 con los reajustes legales y las mesadas adicionales, los intereses moratorios hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas; subsidiariamente el pago de la indexación y las condenas ultra y extra petita y costas a la demandada.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que: nació el 24 de enero de 1957, y cumplió 57 años de edad el mismo día y mes del año 2012; ingresó al sistema general de pensiones el 27 de abril de 1976 con el empleador Olivia Rueda de Rueda; dejó de cotizar el 30 de enero de 2012 como independiente generando la novedad de retiro respectiva; laboró con distintos empleadores y como

independiente 1.137 semanas; a la fecha en COLPENSIONES solo se reporta 682 semanas en su historia laboral; contaba con 37 años el 1 de abril de 1994, por lo cual es beneficiaria del régimen de transición; entre el 21 de enero de 2000 y 30 de noviembre de 2009 laboró con la empleadora SANDRA BIBIANA CASTILLO SALAZAR; mediante documento de afiliación No. 422 fue afiliada al sistema de riesgos profesionales del Seguro Social y formulario de afiliación de enero 2000 fue afiliada a la EPS HUMANA VIVIR; la empleadora no realizó las cotizaciones a pensión durante el periodo de 21 de enero de 2000 a 30 de noviembre de 2009; con la empleadora SANDRA BIBIANA CASTILLO SALAZAR llegaron a un acuerdo conciliatorio mediante Acta de Transacción el 26 de septiembre de 2012, mediante el cual la empleadora se compromete a hacerse cargo del pago de las obligaciones que se deriven del pago de la seguridad social en pensiones, del tiempo comprendido entre el 21 de enero de 2000 y noviembre de 2009 como también al pago de los interés moratorios. La empleadora presentó al SS hoy COLPENSIONES solicitud de liquidación y pago de aportes a pensiones de la demandante, el ISS no le dio respuesta; Presentó solicitud de pensión a la entidad demandada y mediante Resolución 044557 de 19 de marzo de 2013 negó la pensión; presentó los recursos de reposición y apelación y la entidad confirmó la decisión de negar la pensión. La empleadora liquidó en la planilla única de pagos los periodos adeudados del 21 de enero de 2000 y noviembre de 2009 junto con sus intereses moratorios y se generó el pago el 30 de diciembre de 2015. El 19 de febrero, solicitó nuevamente el estudio de su situación pensional, la corrección de su historia laboral y la entidad negó la pensión por no tener el tiempo mínimo.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las declaraciones y condenas incoadas en su contra porque la demandante no tenía relación laboral con la empleadora SANDRA BIBIANA CASTILLO SALAZAR y los pagos realizados lo fueron de manera extemporánea, no existe afiliación a COLPENSIONES, razón por la que no pueden ser contabilizados dichos ciclos, Aunado, la demandante no reúne los requisitos para ser beneficiaria de la pensión en aplicación del régimen de transición porque no contaba con 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005. Presentó las excepciones de fondo de cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe y genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 8 de junio de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado, absolvió a COLPENSIONES, no condenó en costas.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia porque los artículos 22 y 24 de la Ley 100 de 1993 consagran el deber de cotizar y la obligación de recaudar a cargo de los empleadores y los fondos de pensiones, respectivamente, y no del trabajador. La ausencia de la afiliación no da lugar a que no se tengan en cuenta las semanas que se pagaron de manera tardía, aunado a que COLPENSIONES conoció de las cotizaciones tardías porque se solicitó la liquidación y se realizó el pago por parte de la empleadora.

Al corregirse la historia laboral de la demandante, como es beneficiaria del régimen de transición extiende ese beneficio hasta el año 2014 y, en consecuencia, es dable el reconocimiento y pago de la pensión aplicando el Acuerdo 049 de 1990.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si se debe tener en cuenta las cotizaciones pagadas de manera extemporánea y sin previa afiliación por la empleadora y ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 a la demandante.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo anexos Exp.

- Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante y registro civil de nacimiento, nació el 24 de enero de 1957.
- Solicitud de liquidación y pago de aportes a pensiones presentada por la empleadora el 28 de septiembre de 2012.
- Declaración extraproceso de la demandante y empleadora de 25 de septiembre de 2012.
- Acta de transacción suscrita entre la demandante y la empleadora SANDRA BIBIANA CASTILLO SALAZAR el 26 de septiembre de 2012.
- Formulario único de afiliación e inscripción a la E.P.S. RÉGIMEN CONTRIBUTIVO y reporte de pagos por cotizante.
- Solicitud de vinculación al sistema de riesgos general de riesgos profesionales.

- Resolución GNR 044557 de 19 de marzo de 2013 mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de pensión de vejez.
- Recurso de reposición y en subsidio apelación.
- Planilla integrada autoliquidación aportes recibo para pago y formato transaccional.
- Solicitud corrección de aportes, de 12 de febrero de 2018, y solicitud de nuevo estudio de reconocimiento y pago de pensión de vejez de 19 de febrero de 2018.
- Resolución SUB 65393 de 8 de marzo de 2018.
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones a COLPENSIONES. 682,29 semanas.

- Expediente administrativo.

Caso concreto

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; el cual fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia de dicha reforma contaran con 750 semanas a quienes se les extendió hasta el año 2014.

En el presente caso la parte demandante pretende el reconocimiento de la pensión de vejez, solicitud a la que no accedió el A-Quo por considerar que la empleadora pagó cotizaciones extemporáneas sin la previa afiliación al inicio de la relación laboral con la trabajadora hoy demandante pese a que le correspondía pagar el cálculo actuarial.

El apoderado de la parte demandante señala que procede el reconocimiento de la pensión de vejez al tenor del Acuerdo 049 de 1990 porque la entidad demandada omitió la obligación de recaudar o ejercer las acciones de cobro de las cotizaciones adeudadas por la empleadora, quien pagó las cotizaciones de manera extemporánea.

Lo primero que se advierte es que en el presente caso se demuestra que la empleadora no afilió a la trabajadora hoy demandante en el subsistema de pensiones del Sistema de Seguridad Social, que realizó una transacción con la demandante para pagar los aportes a pensiones, y que realizó un pago de cotizaciones con mora.

De ese marco fáctico se encuentra que el ordenamiento jurídico establece como solución al caso de omisión en la afiliación en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en el párrafo 1°. que para efectos del cómputo de las semanas cotizadas se tendrá en cuenta: ... “d) el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador”, y, más adelante, que “el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional”.

De tal manera que como en el presente caso como se acredita la omisión del empleador en la afiliación del trabajador la solución aplicable es la de pagar el cálculo actuarial a satisfacción del fondo pensional y no las cotizaciones con intereses como lo realizó la empleadora, por lo que no es posible contabilizar dicho pago como semanas cotizadas para ser tenidas en cuenta en la suma de las semanas cotizadas por la demandante.

Señala el recurrente que la entidad demandada estaba obligada a realizar las acciones de cobro respecto de la empleadora omisa, no obstante, la reiterada jurisprudencia ha señalado que dicha obligación solo se activa cuando el trabajador se encuentra afiliado y se registra mora en el pago de las cotizaciones, situación que no es la presente porque no se registra la afiliación de la trabajadora a cargo de la empleadora previa a la ejecución del contrato de trabajo.

Lo anterior se puede constatar entre otras en la sentencia SL4336-2021, de 15 de septiembre de 2021, radicación 88810, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se expuso:

“Y vale decirlo: las premisas omitidas en el ataque eran sumamente relevantes en este asunto. Lo anterior, porque si bien la Sala ha adoctrinado que la administradora de pensiones debe asumir el pago de la pensión respectiva cuando no adelanta las acciones pertinentes para obtener el recaudo de los aportes que registran en mora en la historia laboral y estos son suficientes para alcanzar el derecho pensional (CSJ SL2074-2020, CSJ SL6030-2017, CSJ SL3399-2018 y CSJ SL3550-2018), este criterio presupone que el trabajador dependiente estaba afiliado al sistema en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, pues solo así puede predicarse su estado de cotizante, que no debe anularse por el hecho de que se presente mora en el pago de los periodos.

En otros términos, no basta que se acredite razonablemente o se tenga una inferencia plausible sobre la relación laboral efectiva, condición también necesaria

(CSJ SL1355-2019 y CSJ SL3056-2019), sino además que el empleador cumplió con su obligación de afiliar al trabajador y reportar al ente pensional la vigencia del vínculo que genera la obligación de cotizar, de modo que en favor de este último se configure una deuda o crédito cobrable ante el incumplimiento en el pago del aporte.

Sin embargo, ello no fue lo que el Tribunal advirtió en este asunto, pues pese a que se acreditó que el actor mantuvo una relación laboral vigente en los extremos que certificó Riopaila Castilla, también lo estaba que dicha empresa reportó novedades de retiro al ISS en los periodos en discusión y no se acreditó que lo hubiese afiliado o que pagara los aportes en esos ciclos, premisas que, se reitera, no discutió el recurrente y razonablemente permitían inferir que en esos periodos el actor fue *afiliado inactivo*.

Por lo tanto, jurídicamente no es dable imputarle a esta administradora una omisión de cobro respecto a periodos en los que el empleador le reportó que el vínculo no continuaba vigente, pues este hecho, se reitera, implica un estado de *afiliado o cotizante inactivo* (artículo 13 del Decreto 692 de 1994, CSJ SL4575-2017) que le impidió conocer el eventual incumplimiento del empleador a fin de activar los mecanismos internos para recaudar los aportes, y recuérdese que a lo imposible nadie está obligado, conforme lo postula el principio general del derecho (CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 37555). Precisamente, sobre este particular la Corte asentó en esta última decisión:

*Y en lo que atañe a la nueva construcción jurisprudencial que alude el censor, que tiene que ver con la responsabilidad de las administradoras del régimen de pensiones, frente a la omisión del empleador de su obligación de pagar los aportes, cuando ésta no utiliza las herramientas legales de cobro para realizar el recaudo efectivo de la cotización, es menester aclarar, que **tal orientación doctrinaria no tiene aplicación en asuntos donde se presenta el incumplimiento en el deber de inscripción o afiliación del trabajador**, que es lo que acontece en la presente causa, en la cual la demandada Federación Nacional de Algodoneros omitió afiliar al ISS al trabajador demandante desde la fecha de inicio de labores, y lo hizo luego de transcurrido varios ciclos o meses, que es el tiempo que ahora reclama la parte actora se le tenga en cuenta para alcanzar las 1.000 semanas de cotización exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año. Lo anterior por cuanto al no mediar afiliación o inscripción, no surge la cotización que permita hablar de mora en el cubrimiento de aportes, ni se abren paso las acciones de cobro que contemplan las normas referentes a la recaudación de cotizaciones (destacado original).*

Por último, debe aclararse que si en efecto es cierto que el actor laboró continuamente en los extremos laborales referidos en la certificación laboral -pues recuérdese que a quien se le atribuye un documento puede demostrar lo contrario-, queda a salvo la posibilidad de requerir a la empresa para que le reconozca el cálculo actuarial a fin de que se integren los periodos no cotizados, a satisfacción de la entidad de seguridad social conforme al precedente vigente de la Sala (CSJ SL197-

2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL4334-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020 y CSJ SL2879-2020, entre muchas otras). Y una vez esto, eventualmente podría reestudiarse si al actor le asiste o no alguna prestación económica acorde con su situación pensional.”

De tal manera que al ser exigible al empleador el pago del cálculo actuarial, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, se ha de señalar que como la empleadora no se vinculó en el presente proceso no es dable imponerle la obligación correspondiente para efectos de generar el pago del cálculo actuarial y así contabilizar las semanas trabajadas por la demandante en el reporte de semanas cotizadas, y que pese a que existe un contrato de transacción entre la demandante y su empleador tampoco se encuentra en el expediente que haya ejecutado las acciones correspondientes para lograr el cumplimiento del mismo.

Por último, es de anotar que el marco jurisprudencial señalado por el recurrente no se refiere a los mismos supuestos fácticos del presente proceso, sino que se refieren a mora del empleador, que como se anotó en párrafos anteriores es un concepto diferente a la omisión de la afiliación por parte del empleador lo que acarrea consecuencias diferente para el empleador y el fondo de pensiones.

Recapitulando, se encuentra que si bien la actora fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hasta el año 2014 por contar con 37 años de edad, y si bien acredita cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión en cualquiera de las normas referidas en el régimen de transición y anteriores a la Ley 100 de 1993, se constata que respecto del Acuerdo 049 de 1990 invocado en la demanda no cumple con el requisito de tiempo de 1000 semanas durante toda la vida laboral o 500 semanas durante los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, y en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas no se impondrán en esta instancia porque no se acreditan causadas al tenor del numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

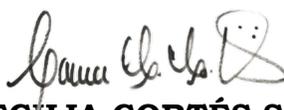
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2022 por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: BELINDA TRIANA SUAREZ

DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
ESE

RADICADO: 11001 31 05 037 2019 00120 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido con los Hospitales Usme y Tunal hoy Subred Integrada de Servicios de Salud SUR E,S.E. desde el 1º de febrero de 2011 hasta el 1 de octubre de 2018; que fungió como trabajador oficial en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, como consecuencia, se condene a la demandada al pago de las diferencias salariales entre lo pagado por la entidad a los Auxiliares de Servicios Generales de planta y lo pagado a ella bajo contratos de prestación de servicios, al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de antigüedad, primas de vacaciones, primas de navidad, primas de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, auxilios de transporte, auxilios de alimentación, bonificación de servicios prestados, la sanción moratoria por el retraso en el pago de acreencias laborales, sanción moratoria por el retraso en el pago de las cesantías, los salarios dejados de percibir a partir del día 90 siguiente a la desvinculación, efectuar en el fondo de pensiones y a la EPS a los que se encuentra afiliada las cotizaciones impagadas al Sistema de Seguridad Social, se realice la

indexación de las condenas, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: laboró para el hospital USME ahora SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 15 de mayo de 2017, posteriormente, laboró para el hospital TUNAL ahora SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. desde el 16 de mayo de 2017 hasta el 1° de octubre de 2018. La vinculación en los hospitales desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 20 de julio de 2016 fue a través de contratos de prestación de servicios y a partir del 20 de julio de 2016 hasta el 1 de octubre de 2018 continuó laborando para los hospitales, pero vinculada a través de una empresa de servicios temporales llamada JDR ASISTENCIAMOS. La labor realizada fue presencial en la planta física de la entidad, estuvo bajo órdenes exclusivas de los hospitales Usme y Tunal, devengó como última asignación la suma de \$870.000, el horario que debió cumplir era de 7:00 p.m. a 7 a.m. todos los días en la modalidad de 12 horas de trabajo por 36 de descanso, las funciones eran las de limpiar y desinfectar techos-paredes y piso de área de hospitalización, UCIS, consultorios, consulta externa y área administrativa, entre otras labores de limpieza y aseo de la planta física de la entidad, el cargo desempeñado por la actora existe en la planta de la entidad, los jefes inmediatos, entre otros, era PATRICIA ESCOBAR, le consignaban el salario en una cuenta bancaria de nómina de manera mensual y regular, le exigían afiliarse al sistema de seguridad social en calidad de trabajador independiente, jamás le realizaron anticipos económicos, durante el tiempo que estuvo vinculada no le fueron pagadas prestaciones sociales ni vacaciones y no podía delegar las funciones asignadas, debía solicitar autorización para ausentarse, y siempre utilizó las herramientas y equipos de trabajo suministrados por la entidad. Presentó reclamación administrativa el 9 de noviembre de 2018, la que fue respondida de manera negativa por la entidad.

SUBRED INTEGRADA PARA LOS SERVICIOS DE SALUD SUR ESE se opuso a todas las pretensiones porque en el presente caso no se acreditan los supuestos fácticos y jurídicos que permitan establecer relación laboral alguna entre la demandante y el hospital de USME y TUNAL, la Subred integrada de Servicios de Salud E.S.E. tampoco la existencia de un único contrato de índole laboral, toda vez que lo que existió entre las partes fue una relación de naturaleza contractual, materializada con la suscripción de manera voluntaria de contratos de prestación de servicios con la demandante, contratos que se rifen por las normas del derecho privado, y que el artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993 ha facultado a las

empresas sociales del Estado a utilizar y no por normas del derecho laboral aplicables al contrato de trabajo.

Presentó las excepciones de inexistencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes, inexistencia de los elementos del contrato de trabajo, cobro de lo no debido, prescripción, y la excepción genérica.

Mediante auto de 19 de marzo de 2019, se ordenó la vinculación de la empresa JDR ASISTENCIAMOS.

La empresa JDR ASISTENCIAMOS E.U. contestó la demanda con oposición a las pretensiones por cuanto la sociedad mientras subsistió la relación laboral con la demandante desde el 21 de agosto de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2018 realizó todos los pagos de salarios y demás prestaciones laborales y al terminar la relación laboral liquidó y pagó las acreencias laborales.

Presentó las excepciones de Pago, falta de título y de causa para pedir, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de abril de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo en calidad de trabajadora oficial entre las partes desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 20 de agosto de 2016, para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales. Condenó a la SUBRED a pagar los siguientes conceptos:

- a. Auxilio de cesantías.
- b. Intereses a las cesantías.
- c. Compensación de vacaciones.
- d. Prima de navidad.
- e. Indemnización moratoria.
- f. Sanción por no consignación de cesantías.
- g. Devolución de aportes con destino a la seguridad social en pensiones y salud.

Absolvió de las demás pretensiones a la SUBRED, y absolvió de todas las pretensiones a la empresa JDR ASISTENCIAMOS EU. Condenó en costas a la SUBRED.

RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad procesal presentaron recurso de apelación los apoderados de la parte demandante y de la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD ESE.

DEMANDANTE: de manera parcial, respecto i) de la absolución de las pretensiones de prima de vacaciones, prima de servicios, auxilios de transporte y de alimentación y bonificación de servicios prestados; ii) la prescripción y iii) la limitación de la indemnización moratoria.

DEMANDADA: i) se opone a la declaración de la existencia de un contrato de trabajo porque al valorarse la prueba se desvirtúa el elemento de la subordinación **ii)** la entidad actuó bajo el principio de buena fe, aplicó normas permitidas como es la Ley 80 de 1993 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios, aunado a que debe primar el interés general sobre el particular., **iii)** opera la prescripción porque la demanda fue notificada a la entidad después del plazo señalado por el artículo 94 del Código General del Proceso, esto es, transcurrió más de un año entre el auto de admisión de la demanda y la notificación a la parte demandada.

ALEGACIONES

En la etapa de alegaciones los apoderados presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes **ii)** si operó la prescripción de las acreencias laborales, **iii)** Analizar si procede el pago de las primas de vacaciones y servicios, auxilios de transporte y alimentación y bonificación de servicios prestados **iv)** si procede la indemnización moratoria y, en caso afirmativo, la fecha límite de ésta.

Elementos de prueba relevantes:

- Reclamación administrativa presentada el 9 de noviembre de 2018.
- Respuesta a la reclamación administrativo el 14 de noviembre de 2018.
- Certificación de prestación de servicios en calidad de orden de prestación de servicios. (p.50).
- Constancia de curso de reinducción de 23 de diciembre de 2015.

- Felicitación de 7 de septiembre de 2011, emitida por la Gerente del Hospital de Usme.
- Ordenes de prestación de servicios.
- Adición y prórrogas a contratos, otros sí, certificación cumplimiento de actividades, cuentas de cobro.
- Invitaciones a contratar y aceptación a la invitación.
- Pagos al sistema de seguridad social.
- Contrato de trabajo por obra o labora contratada, otrosí, entre la demandante y JDR ASISTENCIAMOS E.U.
- Comprobante de pago de nómina.
- Comprobante de liquidación de 30 de septiembre de 2018.
- Estado de cuenta Bancolombia.

Caso en concreto

En el presente caso no se encuentra en discusión que la parte demandante prestó servicios personales a la entidad demandada, la discusión se centra en la modalidad contractual: contrato de trabajo o contrato de prestación de servicios; en caso de ser un contrato de trabajo, si hay lugar a ordenar el pago de la prima de vacaciones y prima de servicios, auxilios de transporte y alimentación y bonificación de servicios prestados; si la actuación de la demandada fue de buena fe, y si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Previo a realizar el análisis sobre la naturaleza del contrato, se analizará si se interrumpió o no la prescripción con la notificación de la demanda a la entidad pública demandada.

Alega la parte demandada que se notificó el libelo introductorio después del plazo de un año señalado en el artículo 94 del Código General del Proceso, en la medida que el auto que admitió la demanda fue emitido el 19 de marzo de 2019 y solo se notificó a la demandada el 14 de enero de 2021, como se constata con el documento que obra en el archivo 7 del expediente digital.

Para definir este aspecto se debe tener en cuenta que la demanda fue incoada en vigencia del párrafo del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo que establece que:

“Cuando en un proceso intervengan entidades públicas, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones.

Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al

secretario general de la entidad o en la oficina receptora de correspondencia, de la copia auténtica de la demanda, del auto admisorio y del aviso”.

Lo anterior, implica que la notificación a las entidades públicas se encontraba a cargo del juzgado por lo que no se puede endilgar responsabilidad a la parte demandante sobre la notificación a la entidad pública durante la vigencia de dicho artículo; lo cual ha sido expuesto por la jurisprudencia entre otras en la sentencia STL3711-2019, en el proceso identificado con la radicación 83293, *“...la notificación a entidades públicas, como es el caso que se revisa, no es facultativo del funcionario judicial, de si asume o no dicha carga, sino que es un imperativo que consagró el legislador en la que definió que la notificación corresponde hacerla al despacho a través del notificador.”*

Adicionalmente, se encuentra en el expediente la solicitud de impulso procesal el 26 de octubre de 2020 presentada por la parte demandante, y, por ello, el juzgado realizó la notificación con aplicación del Decreto 806 de 2020, el 14 de enero de 2021; y aunque se pudiera decir que la obligación de la parte demandante de realizar la notificación a la parte demandada surgió con la entrada en vigencia del Decreto 806 de 2020, es de anotar que entre la fecha de su expedición, 4 de junio de 2020, y la fecha de notificación de la demanda a la demandada, 14 de enero de 2021, no transcurrió el año señalado en el artículo 94 del Código General del Proceso.

En ese orden de ideas, no prospera el argumento de la parte demandada sobre la no interrupción de la prescripción al transcurrir más de un año entre la fecha del auto admisorio de la demanda y la fecha de notificación a la entidad pública.

Respecto del argumento de la parte demandante sobre la prescripción, se entiende de la extensa intervención que pretende se tenga la sentencia como constitutiva de derechos y no declarativa de los mismos, sin embargo, de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha indicado que las sentencias son declarativas y no constitutivas, por lo que la prescripción opera a partir de que se hacen exigibles los derechos, independiente que el término de caducidad de la acción sea igual al término de prescripción de derechos.

Lo anterior, se puede corroborar en lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1048-2021 emitida en el proceso identificado con la radicación 71595, en la que se reitera la sentencia (CSJ SL3169-2014).

“Sobre la primera problemática, basta decir que el Tribunal no se equivocó al concluir que las sentencias proferidas en la jurisdicción laboral para reconocer la existencia de un contrato de trabajo, son de naturaleza declarativa, no constitutiva de derechos. Así lo ha explicado esta Corporación:

A ello cabría agregar que por muy sugestiva que parezca la tesis que pregona un carácter ‘constitutivo’ a las sentencias que dirimen los conflictos del trabajo cuando quiera que, entre otros aspectos, resuelven sobre la naturaleza jurídico laboral del vínculo que ata a las partes, no explican a satisfacción, pues ni siquiera lo hacen con el aludido concepto de ‘sentencia constitutiva’, el por qué se generan derechos y obligaciones hacia el pasado de un status laboral que apenas vendría a ser ‘constituido’ mediante esa clase de sentencia, por ser sabido que esta tipología de providencias crea, extingue o modifica una determinada situación jurídica, esto es, genera una ‘innovación’ jurídica, es decir, una situación jurídica que antes no existía, produciendo así sus efectos ‘ex nunc’, o sea, hacia el futuro, pues es allí donde nacen, se extinguen o se modifican las obligaciones y derechos derivados de esa ‘nueva’ situación jurídica; en tanto, que las sentencias ‘declarativas’, como lo ha entendido la jurisprudencia, son las que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, eliminando así cualquier incertidumbre acerca de su existencia, eficacia, forma, modo, etc., frente a quien debe soportar o cargo de quien se pueden exigir determinadas obligaciones o derechos derivados de la dicha situación o estado jurídico, por manera que, sus efectos devienen ‘ex tunc’, esto es, desde cuando aquella o aquel se generó. Tal el caso del estado jurídico de trabajador subordinado, por ser igualmente sabido que para estarse en presencia de un contrato de trabajo solamente se requiere que se junten los tres elementos esenciales que lo componen: prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, de forma que, desde ese mismo momento dimanen, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención colectiva de trabajo, si a ello hay lugar, los derechos y obligaciones que le son propios.

Ahora bien, tampoco surge fácilmente explicable ante tan sugestiva tesis, cómo es que respecto de los derechos laborales de quien teniendo una relación subordinada de trabajo, pero simulada o desdibujada por la apariencia de otra clase de relación jurídica, los términos de prescripción empiezan a correr cuando queda en firme la sentencia que ‘constituye’ el estatus de verdadero trabajador subordinado; en tanto que, los términos de prescripción de los derechos laborales del trabajador subordinado que inicia y desarrolla su relación sin discusión alguna sobre la naturaleza jurídica de su vínculo, corren a partir de la exigibilidad de cada uno de ellos. En otros términos, cómo es que mientras el punto de partida del término prescriptivo de los derechos del trabajador regular se cuenta desde cuando se debe o se tiene que cumplir la respectiva obligación patronal, el del trabajador que labora bajo la apariencia de otra relación queda sujeto a la presentación de la demanda por parte de éste y al reconocimiento de su verdadero estatus de trabajador por sentencia judicial en firme. Lo deleznable del razonamiento

que pretendiera dar respuesta a los anteriores interrogantes releva de comentario mayor a la debilidad del argumento de que las sentencias que ‘reconocen’ el contrato de trabajo como el que ‘en realidad’ se desarrolló y ejecutó entre las partes en litigio es de naturaleza ‘constitutiva’ y no meramente ‘declarativa’, como hasta ahora se ha asentado por la Corte”.

Existencia del contrato

En relación del argumento de la parte demandada sobre el hecho de que no existió un contrato de trabajo, sino un contrato de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993, y, por ende, la actora no ostentó en ningún momento la calidad de trabajadora oficial, aunado a que la prueba testimonial no permite probar el requisito de subordinación, es de anotar que la parte actora pretendió la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo en condición de trabajadora oficial de la ESE SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 1 de octubre de 2018, y el juez la declaró desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 20 de agosto de 2016.

Para resolver la apelación de la accionada SUBRED ESE se tiene que en los términos del artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos: **(i)** la prestación personal del servicio, **(ii)** la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador y, **(iii)** un salario como retribución. A su vez, el artículo 3° del ordenamiento en cita dispone que "*... una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera*".

En este asunto, la actora fue vinculada bajo órdenes de prestación de servicios como se constata en las documentales del expediente digital y la certificación expedida por la demandada que milita a paginas 50-53, del archivo expediente digital.

De conformidad con la Ley 100 de 1993, artículo 195, el régimen jurídico de los servidores de las Empresas de Sociales del Estado consagrado en el numeral 5 se clasifica en empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas de la Ley 10 de 1990.

El artículo 26 de la Ley 10 de 1990, norma que se aplica a la ESE, por disposición del numeral 5° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, dispone:

«Artículo 26°.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. (...)

Parágrafo. Trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. (...)

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de los servidores que prestan sus servicios a las empresas sociales del estado -ESE aquí convocada-, así:

En la Sentencia CSJ SL-1334 Radicado No. 63727 de 14 de abril de 2018 determinó la naturaleza jurídica de los servidores

“(...)” En efecto, debe la Corte recordar que la clasificación de los servidores públicos en trabajadores oficiales o empleados públicos es de reserva legal. Así lo ha dispuesto esta Sala al referir que «el hecho de que la definición de la controversia sea de derecho sustancial, no significa que en su defensa la accionada pueda admitir o allanarse a la calidad del vínculo que el demandante afirme tener para con la administración pública -como lo pretende hacer ver el actor bajo el argumento de que la entidad demandada aceptó que era trabajador oficial-, por cuanto como se dijo en precedencia, es la ley la que en definitiva determina la naturaleza del vínculo del servidor, no la voluntad de las partes. Súmese que, conforme al aforismo iura novit curia, los jueces son libres de calificar jurídicamente los hechos debatidos en el proceso» (CSJ SL 10610-2014).”

“También ha explicado esta Corporación que, por regla general, las personas que laboran al servicio de las empresas sociales del Estado son empleadas públicas y, por tanto, ligadas por una relación legal y reglamentaria y por vía de excepción, son trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, los servidores públicos que ejercen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, por lo que para merecer tal condición, es deber probar que las funciones estaban relacionadas con estas últimas actividades.”

“Así, se requiere efectuar un análisis probatorio que evidencie las funciones de quien predica ser trabajador Radicación n.º 63727 20 oficial y proceder a otorgarle a las mismas una calificación jurídica dentro del marco de los conceptos de «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales», ello por vía de una relación directa, pues la ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor se catalogue como empleado público por regla general (CSJ SL18413-2017).

En Sentencia CSJ SL1334-Radicado No. 63727 de 18 de abril de 2018, en punto a lo que debe entenderse por mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, define los cargos que ostentan la calidad de trabajador oficial al interior de una ESE, como la aquí convocada, dicha Corporación señaló:

“(...)” “y teniendo en cuenta los conceptos ya fijados por esta Sala sobre qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales», en la providencia ya referida se explicó lo siguiente:

Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. N.º 22324, explicó lo siguiente: «...los ‘servicios generales’ dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».

Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. N.º 36668, respecto al mismo tema señaló:

El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a

todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

*No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían **(i)** actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían **(ii)** servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.*

Los anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular n.º 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.

Mantenimiento de la planta física hospitalaria.

Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Servicios generales.

Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras.”

Aplicadas las normas anteriores y la jurisprudencia, se encuentra que por regla general los servidores de la Empresas Sociales del Estado son empleados públicos y, por excepción, son trabajadores oficiales aquellos que sin ser directivos prestan servicios en el mantenimiento de la planta física hospitalaria y en los servicios generales.

De las documentales que obran en el proceso se establece que la demandante debía prestar sus servicios personales en la ejecución de actividades de auxiliar de servicios generales, acatando las obligaciones y requerimientos establecidos en el manual de contratación, el cumplimiento del manual de procesos y procedimientos correspondientes en lo relacionado con su cargo y demás necesidades del servicio cubriendo el total de las horas programadas y acordadas por el Hospital.

Aunado a lo anterior, rindieron testimonio las señoras SANDRA PATRICIA RODRÍGUEZ y MARÍA DEL CARMEN ARAGÓN quienes coincidieron en señalar que fueron compañeras de trabajo de la actora, y si bien indica el recurrente que no fueron coincidentes los periodos indicados por las testigos con el periodo laborado por la demandante ni los mismos sitios, lo cierto es que tal circunstancia no desvirtúa la prestación del servicio, ni las condiciones en que lo prestó la demandante, dado que el periodo se verifica con la certificación emitida por la demandada, y, respecto de las condiciones, se observa que las mismas no variaron como se señala en las distintas constancias generadas por la entidad para el pago durante la vigencia de la relación contractual.

De tal manera que con los anteriores elementos de prueba no se desvirtúa la presunción de subordinación, consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, cuya carga estaba atribuida a la entidad demandada; pues de los elementos de prueba se colige que la relación contractual que ató a las partes bajo los ritos formales de una contratación de prestación de servicios tuvieron el alcance de constituirse en realidad en un contrato de trabajo al no encontrarse demostrada la autonomía ni la independencia en el desempeño de las funciones que ejecutó la demandante, motivo por el que se confirmará la sentencia en la modalidad contractual, la calidad de trabajador oficial y los extremos temporales, esto último, dado que en las vinculaciones que sostuvo la demandante con la pasiva no existieron interrupciones considerables, tal y como lo señaló el juez de primera instancia, concluyéndose que la vinculación se dio a través de una única relación de trabajo sin solución de continuidad, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL981-2019.

Al confirmarse la existencia del contrato de trabajo procede estudiar las pretensiones reclamadas en el recurso relacionadas con la prima de vacaciones, prima de servicios, auxilios de transporte y alimentación y bonificación de servicios con sustento en el Decreto 1919 de 2002 que en sus artículos 2 y 4 establece que las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado se les continuará aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del orden nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1994, y el régimen de prestaciones mínimas para los trabajadores oficiales será el consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional; decreto del cual se negó su nulidad mediante sentencia proferida en el proceso identificado con la Radicación número: 11001-03-25-000-2002-00275-01(5880-02) proferida por el Consejo de Estado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral contenida entre otras en las sentencias SL1174-2022, que reitera las sentencias SL1526 de 2016 y SL2614-2021 ha señalado respecto de la prima de servicios que dicho emolumento no se extiende a los servidores de las entidades territoriales, no obstante lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002, ya que solo se concede de manera exclusiva a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con sustento en la sentencia C-402 de 2013; y sobre la prima de vacaciones resolvió de igual de forma.

Ahora al revisarse los distintos Decretos expedidos por el Gobierno Nacional y posteriores a la expedición del Decreto 1919 de 2002, se verifica, entre otros, los Decretos 1105 de 2015 y 229 de 2016 vigentes respecto del periodo laborado por la actora y que no se declaró la excepción de prescripción por el juez de primera instancia, que los emolumentos de bonificación por servicios prestados, auxilio de transporte, auxilio de alimentación allí contenidas solo se refieren a los empleados públicos; por lo que se confirmara la decisión de primera instancia que negó dichos conceptos.

Indemnización Moratoria

Respecto de la indemnización moratoria, manifiesta la entidad demandada que actuó de buena fe porque en aras de la prestación de servicios de salud en una entidad dirigida a atender a personas vulnerables y con los exiguos recursos que le son permitidos recaudar ha acudido a los mecanismos permitidos por la ley para que el mismo se preste de manera eficiente, reiterando que los recursos son exiguos porque la población a la que esta dirigido el servicio, precisamente no es la de mayor capacidad económica.

El juez condenó a la demandada al pago de la indemnización moratoria con sustento en que los actos carentes de buena fe como el de la contratación continua de la demandante como auxiliar de servicios generales, se interrumpió cuando la entidad contrató dicho servicio con una persona especializada en la materia y que garantizó los derechos laborales de la demandante.

La parte actora considera que la indemnización moratoria debe ser hasta que se realice el pago de los emolumentos a que ha sido condenada la parte demandada.

Para definir el asunto, se tiene que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado de manera reiterada que la sanción moratoria prevista en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática, sino que requiere un análisis de la conducta del empleador al momento de la terminación del vínculo laboral.

En el presente caso se observa que la demandante prestó sus servicios a través de contratos de prestación de servicios en los que la entidad utilizó la facultad de contratación autorizada por la ley 80 de 1993; tal situación ha sido considerado por la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como una actuación carente de buena fe; sin embargo, no se puede desconocer que la entidad también en uso de mecanismos permitidos por la Ley y en aras de garantizar el servicio público que le asigna la ley y los derechos de la trabajadora contrató la prestación del servicio a una empresa especializada que cumplió durante toda la vigencia del contrato suscrito con la trabajadora con los derechos señalados como se constata de los diferentes elementos de prueba, de tal manera que se desvirtúa la actuación carente de buena fe al momento en que la demandante cambió la naturaleza del vínculo contractual (sentencia SL2909-2018); no obstante, como aún se adeudan las sumas señaladas en la sentencia se mantendrá la decisión de primera instancia con la limitación que ella contiene.

COSTAS no se impondrán en esta instancia, por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

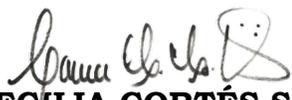
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia, por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LARO ADVOCATUS SAS

DEMANDADO: TECNOLOGÍA Y DESARROLLO DE COLOMBIA SAS

RADICADO: 11001 31 05 001 2017 00712 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada respecto de la sentencia proferida el 22 de abril de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La presente demanda le correspondió por reparto al Juzgado Primero Laboral de este Circuito quien a través de auto del 26 de septiembre de 2018 envió el expediente a los Juzgado Civiles del Circuito por falta de competencia, siendo repartido el proceso al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá promovió **conflicto de competencia negativo**, el que fue dirimido por la Sala Mixta del Tribunal Superior de Bogotá el 25 de febrero de 2019, otorgándole la competencia del asunto al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, razón por la que la sala asume el conocimiento del presente proceso.

Anotado lo anterior, se evidencia que la parte demandante pretende que en virtud del contrato celebrado entre T&D Ingeniería y el abogado Luis Enrique Ladino Romero, quien cedió el contrato a la sociedad Laro Advocatus, se condene a la demandada a pagar la cuota de éxito prevista en el párrafo de la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios por el beneficio procesal obtenido y, como consecuencia de ello, se condene a T&D

al pago de \$104.000.000 correspondiente al 10% sobre el beneficio procesal obtenido con la decisión desestimatoria del laudo arbitral respecto del libelo de reconvención presentado en el referido proceso arbitral.

En subsidio, solicitó el reconocimiento de honorarios profesionales, se condene a la demandada a la cantidad que se demuestre en el proceso, se condene al impuesto sobre las ventas sobre la condena monetaria que se imponga calculada a la tasa de 19% o a la tasa vigente en que se dicte la sentencia, indexación y costas del proceso. (archivo 017).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el 11 de febrero de 2015 se celebró un contrato de prestación de servicios entre la sociedad Tecnología y Desarrollo de Colombia SAS y el abogado Luis Enrique Ladino Romero quien se obligó a elaborar y presentar ante el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá una demanda en la que se pediría la integración de un tribunal de arbitramento que dirimiera la controversia existente entre T&D y el Banco Exterior de Colombia S.A. BANCOLDEX, respecto del contrato de prestación de servicios 2014-009 y atender el juicio hasta su culminación.

La demanda se redactó y presentó el 2 de junio de 2015 y fue admitida por el Tribunal de Arbitramento designado el 3 de noviembre de ese mismo año.

El 22 de febrero de 2016, BANCOLDEX respondió la demanda, y presentó demanda de reconvención que fue admitida el 9 de marzo de 2016.

En el mes de agosto de 2015, se realizó una cesión del contrato de prestación de servicios por parte de Luis Enrique Romero a favor de Laro Advocatus SAS, la que fue aceptada por T&D Ingeniería.

A partir de dicha cesión, Laro Advocatus facturó a T&D las sumas de dinero previstas en el contrato de prestación de servicios, servicios profesionales que se prestaron desde el 11 de febrero de 2015 hasta el 19 de abril de 2017, fecha en la que se dictó el laudo arbitral.

Laro Advocatus radicó ante T&D el 24 de mayo de 2017 la factura N° 47 por valor de \$159.924.089, sin embargo, la accionada no aceptó dicho valor.

A través de auto de 20 de enero de 2022, se tuvo por no contestada la demanda.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de abril de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el 11 de febrero de 2015, el cual fue ejecutado de manera plena por la parte actora, y sin el respectivo pago de honorarios por parte de la demandada.

Condenó a la demandada TECNOLOGÍA Y DESARROLLO DE COLOMBIA SAS a reconocer y pagar a LARO ADVOCATUS SAS la suma total de \$67.134.541, por concepto de honorarios profesionales, los cuales debían ser cancelados dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, de manera indexada desde el 20 de abril de 2017 y hasta la fecha en que se hiciera el pago efectivo del mismo, junto con el valor del IVA del 19% pactado por las partes, el cual se debía calcularse sobre el valor ordenado por concepto de honorarios profesionales.

Absolvió a la demandada de las demás pretensiones y condenó en costas incluidas las agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDADA: debe revocarse la sentencia en la medida que la contestación a la demanda de reconvención no fue un acto pactado en el contrato de prestación de servicios profesionales, aunado al hecho que no existió ningún beneficio procesal y, por tanto, no hay lugar al pago de la cuota de éxito establecida en el parágrafo de la cláusula SEGUNDA del contrato de prestación de servicios profesionales.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si la contestación a la reconvención de la demanda forma parte del objeto pactado en el contrato de prestación de servicios profesionales, **ii)** analizar si procede la condena por cuota de éxito sobre el beneficio procesal obtenido, conforme al parágrafo de la cláusula segunda del citado contrato.

CONSIDERACIONES.

Elementos de prueba relevantes archivo 003

- A folio 22, contrato de prestación de servicios profesionales.
- A folio 24 a 125, Actas Tribunal Arbitral de T&D con BANCOLDEX.
- A folio 126, Laudo Arbitral de fecha 19 de abril de 2017.
- A folio 232 a 236, facturas de venta.

Caso Concreto

En este asunto pretende la parte demandante que se paguen los honorarios correspondientes a la cuota de éxito pactada, aspecto con el que no se encuentra de acuerdo la accionada, al considerar que la totalidad de los honorarios profesionales le fueron cancelados.

Para resolver lo anterior, debe recordarse que el artículo 61 del C.P.T. le permite al operador judicial apreciar y formar su libre convencimiento respecto de los medios de prueba; el art. 164 del C.G.P. indica que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y el art. 167 ibídem prescribe que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuso:

“(...)” Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: onus probandi incumbit actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida como conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.

“La obligación de probar, dice Lessona, no está determinada por la cualidad del hecho que se ha de probar, sino por la condición jurídica que tiene en el juicio aquel que lo invoca. “No importa que la prueba pueda ser fácil para el demandado y difícil para el actor; si el hecho que se ha de probar constituye extremo de la acción debe probarlos el actor y no el demandado”.

“El tratadista colombiano Álzate Noreña se expresa así: “El objeto de

la prueba no son los derechos sino los hechos, a las partes le corresponde suministrar los datos de los hechos, y el Juez aplicará el derecho que resulte de conformidad con la norma jurídica. En consecuencia, al que pretende un derecho le basta que alegue y pruebe los hechos que lo producen, y como en la lucha jurídica toda acción, por lo general, produce una reacción si la parte demandada alega hechos que en lugar a principios para la acción contraria, debe probarlos". Es este evento el que da lugar a la máxima: "Reus excipiendo fit actor" (Sent. H.C.S. Cas. Mayo 31/47) (...)"

Descendiendo al caso objeto de estudio, no existió discusión frente a que entre la empresa TECNOLOGIA Y DESARROLLO DE COLOMBIA SAS y el señor LUIS ENRIQUE LADINO ROMERO se celebró un contrato de prestación de servicios profesionales el 11 de febrero de 2015, el que con posterioridad fue cedido a LARO ADVOCATUS SAS con el siguiente objeto:

PRIMERA: EL ABOGADO de manera independiente, se obliga con el CLIENTE en los siguientes asuntos: (i) la elaboración de una demanda que se presentará ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá en la que se pedirá la integración de un Tribunal de Arbitramento que dirima la controversia existente con Bancoldex por la terminación unilateral por parte de esta última entidad del contrato de prestación de servicios N° 2014009, (ii) la comparecencia a la audiencia de designación de árbitros; (iii) atención del referido proceso arbitral hasta que se profiera el laudo correspondiente: **PARAGRAFO:** Dentro del convenio no se encuentra incluida la atención del eventual recurso de anulación que se presente en contra del laudo arbitral.

Objeto que fue desarrollado a cabalidad por la parte actora y frente a lo cual no hay reparo alguno.

Fue así como el accionante presentó demanda solicitando al Tribunal de Arbitramento, en síntesis, se declarara que entre T&D y Bancoldex se celebró el contrato de prestación de servicios distinguido con el número 2014009, y, como consecuencia de ello, se declarara el incumplimiento de dicho contrato por parte de Bancoldex y se le condenara al pago de indemnización por perjuicios, intereses de mora y costas del proceso (fl.135 archivo 003).

BANCOLDEX contestó la demanda y presentó demanda de reconvenición (fl.136 archivo 003), peticionando a su vez el incumplimiento del contrato

de prestación de servicios N° 2014009 por parte de T&D y, en virtud a ello, se condenará a indemnizar los perjuicios causados por tal incumplimiento.

La demanda fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento el 19 de abril de 2017 con el Laudo Arbitral que accedió a todas las pretensiones de la demanda, a excepción de la que consistía en declarar “que la cláusula décima sexta del contrato, salvo el parágrafo segundo, es una estipulación abusiva que debe tenerse por no escrita o ineficaz”, y condenó a título de indemnización convencional de los perjuicios por terminación sin justa causa del contrato de prestación de servicios distinguido con el número 2014009 de fecha 13 de febrero de 2014 la suma de \$302.399.915; providencia en la que se absolvió a T&D de todas las pretensiones de condena de la demanda de reconvenición (fl.229 archivo 003).

Ahora bien, indica la recurrente que el acto de contestar la demanda de reconvenición no estaba contenido en el objeto del contrato pactado por las partes, y que por ello no debió el juez a quo condenar por concepto de honorarios pues no se le debe suma alguna a la empresa accionante.

Por su parte, el fallador de primera instancia consideró que la demanda de reconvenición debía entenderse como un acto diferente a lo acordado en el contrato, razón por la que al no estar pactado ese acto procesal dentro del contrato, pero al haberse contestado la misma por parte del apoderado de la parte actora, debía pagarse tal actuación conforme a las tarifas establecidas por el Colegio Nacional de Abogados CONALBOS y, por ello, condenó a la suma de diez salarios mínimos para el año 2016 que fue cuando se contestó la demanda y condenó a T&D a la suma de \$6.894.550.

Para desatar el punto objeto de apelación se revisa detenidamente la cláusula primera del contrato de prestación de servicios profesionales, y se evidencia que además de presentar la demanda y comparecer a la respectiva audiencia de designación de árbitros, en el punto tercero de dicha cláusula el abogado se obligó a la “atención del referido proceso arbitral hasta que se profiera el laudo correspondiente”, y más adelante en el PARAGRAFO se observa que el único acto excluido del objeto fue la “atención del eventual recurso de anulación que se presente en contra del laudo arbitral”, es decir, las demás actuaciones surtidas en el marco del proceso arbitral quedaron incluidas en el objeto del contrato, y, por tanto, incluidas en la remuneración de la suma de \$30.000.000 por concepto de honorarios que se pactó como contraprestación por los servicios profesionales.

En esa dirección y aunque no coincide la Sala con lo señalado por el juez y por la apelante en relación a que la contestación de la demanda de reconvención es un acto independiente y separado del objeto del contrato de prestación de servicios profesionales, si concuerda con el argumento de la recurrente frente a que los honorarios por dicha actuación no se le adeudan a la parte actora, pues como se dijo, la atención del proceso arbitral envuelve aquellos actos tendientes a su positiva resolución, lo que implicó en este caso que si BANCOLDEX propuso demanda de reconvención, lo pertinente, conforme al objeto del contrato, era que LARO ADVOCATUS contestara la misma como en efecto lo hizo el abogado tal y como se mencionó en el laudo arbitral ya citado.

De ahí que, deba revocarse parcialmente el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de absolver a la demandada por concepto de honorarios profesionales en relación con la contestación de la demanda de reconvención.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el segundo punto de apelación de la accionada atinente a la cláusula de éxito consagrada en la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios profesionales, se encuentra lo siguiente:

“SEGUNDA: Como contraprestación por los servicios profesionales, EL ABOGADO percibirá por concepto de honorarios la suma fija de TREINTA MILLONES DE PESOS más el impuesto al valor agregado IVA, que será pagada de la siguiente manera: VEINTE MILLONES DE PESOS, en la fecha de firma del presente documento; CINCO MILLONES DE PESOS al realizarse la primera audiencia de trámite y CINCO MILLONES DE PESOS al presentarse alegatos de conclusión; **PARÁGRAFO.** Adicionalmente las partes pactan una cuota de éxito o cuota Litis equivalente al 10% calculada sobre el beneficio procesal que obtenga EL CLIENTE en el correspondiente laudo arbitral, porcentaje que igualmente se reconocerá en caso de una eventual conciliación o transacción que se acuerde con Bancoldex.”

Señala la apelante que no existió ningún beneficio procesal “pues los dineros reconocidos por los árbitros a mi poderdante fueron entregados en razón a la terminación injusta del contrato por parte de Bancoldex y no a beneficios adicionales como lo quiere hacer ver el accionante.”, y más adelante señala en el recurso que “las pretensiones y solicitudes hechas en la demanda hacen referencia al incumplimiento contractual por parte de Bancóldex, razón por la cual este defensor no entiende como la parte accionante sin

escrúpulo alguno pretende cobrar unas cifras sobre las pretensiones interpuestas por Bancóldex, pretensiones que jamás tuvieron ánimo de prosperar, queriendo hacer ver esto como un beneficio procesal.”

Bajo ese panorama y en la medida que el párrafo de la cláusula segunda del contrato celebrado no quedó condicionado a alguna situación, para la Sala conforme lo indicó el juez de primera instancia, “el beneficio procesal que obtenga EL CLIENTE en el correspondiente laudo arbitral” corresponde al resultado conseguido en el laudo, es decir, como en este caso se logró la condena por perjuicios solicitada en la demanda por T&D, el demandante si tiene derecho al pago de dicha cuota de éxito sobre el monto de tal indemnización, esto es sobre \$302´399.915, tal y como lo expuso el juez a quo, cuyo monto asciende a \$ 30´239.991,50, una vez realizadas las operaciones aritméticas, esto es, el 10% del valor de la indemnización.

Ahora, no desconoce la Sala como lo señala la apelante que resulta poco lógico calcular el valor de la cuota de éxito sobre el valor de las pretensiones solicitadas por BANCOLDEX en la demanda de reconvención como lo pretendió el accionante en esta demanda, empero el juez a quo no determinó el valor de este concepto sobre dicho monto, en tanto se reitera, lo fue sobre la indemnización dispuesta en el numeral “SEXTO” del laudo arbitral de fecha 19 de abril de 2017.

En conclusión, en virtud a la obtención de un resultado satisfactorio, es decir, por el logro de la indemnización de perjuicios solicitada en su momento por T%D ante el Tribunal de Arbitramento, es que la accionante tiene derecho al pago de la cuota de éxito establecida en el contrato de prestación de servicios profesionales, aunado a que la cuota fija pactada de honorarios no dependía del resultado del proceso arbitral, por lo que se confirmará esa decisión del juez de primera instancia, pero se modificará el valor señalado en la sentencia por no corresponder al 10% pactado.

Corolario de lo anterior, se absolverá a la demandada del pago de los honorarios por contestar la demanda de reconvención señalados en primera instancia por las razones expuestas y se modificará el valor total de los honorarios tasados en la primera instancia en el numeral segundo de la providencia en el sentido condenar a la accionada al pago de \$ 30´239.991,50, suma que resulta del diez por ciento de la indemnización a que fue condenada BANCOLDEX en su momento por el Tribunal de Arbitramento, esto es \$302.399.915.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por no se acreditan causadas al tenor del numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 22 de abril de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, el cual quedará así: **CONDENAR** a la demandada TECNOLOGÍA Y DESARROLLO DE COLOMBIA SAS a reconocer y pagar a LARO ADVOCATUS SAS la suma total de \$ 30'239.991,50 por concepto de honorarios profesionales, los cuales deberán ser cancelados dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, de manera indexada desde el 20 de abril de 2017 y hasta la fecha en que se haga el pago efectivo del mismo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CLAUDIA MIRTA LUNA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS Y PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2019 00672 01

MAGISTRADA PONENTE: **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLFONDOS, PORVENIR Y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad es nula y/o ineficaz, que debido a la nulidad tiene derecho a afiliarse en pensiones a la Administradora del régimen de prima media con prestación definida, esto es, a COLPENSIONES, administradora que deberá recibir los aportes que trasladen las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad demandadas. Se condene a las AFP PORVENIR y COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración depositados en la cuenta individual, así como los detalles de los aportes trasladados. Se condene a COLPENSIONES a afiliarla al régimen de prima media con prestación definida y aceptar y recibir el traslado de los aportes, junto con los rendimientos, frutos e intereses y gastos de administración actualizando la

historia laboral de la demandante. Se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho a lo ultra y extra petita.

Sustentó las pretensiones en que nació el 9 de noviembre de 1963, se afilió al RAIS a partir del 18 de septiembre de 1997 con PORVENIR S.A., se trasladó a COLFONDOS el 18 de diciembre de 2001; los asesores no le informaron de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias jurídicas que tendría afiliarse a uno u otro régimen, ni tampoco las ventajas de optar por afiliarse al RPM, no le hicieron una descripción de las características y desventajas objetivas de afiliarse al RAIS. Efectuó una simulación pensional de la mesada que correspondería en el RPM sería de \$3.168.000, y el valor señalado en la simulación realizada por COLFONDOS en el RAIS sería equivalente a \$1.207.681. presentó reclamaciones a las demandadas, COLPENSIONES respondió que la demandante no ha tenido vinculación con esa entidad, COLFONDOS indicó que la vinculación de la demandante no fue producto de un traslado de régimen, sino de otro fondo, y PORVENIR que la asesoría se dio de manera verbal.

PORVENIR presentó escrito de contestación de la demanda con oposición a las pretensiones dirigidas en su contra porque la demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para atender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Adicionalmente, la demandante no acredita la existencia de un vicio del consentimiento y la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para cualquiera de los regímenes pensionales, que no tiene ninguna relación con la determinación de la mesada pensional. Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS contestó la demanda, presentó oposición a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se le involucre y en especial a que se declare la ineficacia del traslado porque no existen presupuestos de hecho ni de derecho, aunado a que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por las de vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

Presentó las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o

genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos,

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones porque la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro Individual y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la Administradora Privada; el traslado se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario de solicitud a PORVENIR y COLFONDOS, además, cumpliendo los requisitos establecidos en la sentencia C-1024 de 2004. La demandante solicitó nulidad del traslado cuando ya se encontraba afiliada al RAIS y con menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley 797 de 2003, por lo que el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación; el error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe; prescripción; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; innominada o genérica; no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público; solicitud de condena en costas a la demandante.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito, mediante sentencia de 23 de febrero de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por PORVENIR suscrita el 18 de septiembre de 1997 y posterior vinculación a COLFONDOS el 19 de diciembre de 2001. Declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con prestación definida. Ordenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con sus rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a PORVENIR a devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante, corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de COLFONDOS. Declaró no probada la excepción de prescripción, de

relevó de estudiar las demás excepciones. Impuso costas a COLPENSIONES Y COLFONDOS y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS presentó recurso de manera parcial respecto de la condena por devolución de gastos de administración, primas de seguros, porque dichos gastos de administración se encuentran consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y por la gestión de los mismos se generaron los rendimientos. Se debió vincular al fondo de solidaridad para ordenar la devolución de los porcentajes asignados al fondo de pensión de garantía mínima. La entidad ha actuado de buena fe atada a la legalidad.

PORVENIR presentó recurso de apelación con el objetivo de que se revoque de manera parcial la decisión respecto de la devolución de los gastos de administración y sumas previsionales, primas de seguros, porque los descuentos se realizaron por mandato legal y tienen destinación específica.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia con sustento en que la carga de la prueba sobre los hechos de la demanda le compete a la parte actora, dado que la norma vigente para el momento de los hechos no imponía la elaboración de documento adicional al formulario de vinculación. La decisión de primera instancia pone en riesgo la sostenibilidad financiera porque no existió fidelidad de la demandante al fondo común, pero si pretende beneficiarse del mismo para mejorar su situación.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las partes.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta los principios de sostenibilidad financiera y legalidad y si no procede la condena de devolución de gastos de administración, sumas previsionales y porcentajes para el fondo de garantía mínima.

Elementos de prueba relevantes:

- Copia de la cédula de extranjería, se constata que la demandante nació el 9 de noviembre de 1963
- Solicitud de vinculación inicial a la AFP PORVENIR el 18 de septiembre de 1997.
- Solicitud de vinculación o traslado a COLFONDOS el 14 de diciembre de 2001.
- Reporte Estado de cuenta de COLFONDOS.
- Derecho de petición a COLFONDOS, reiteración y respuesta.
- Derecho de petición a PORVENIR, y respuesta.
- Derecho de petición a COLPENSIONES y respuesta.
- Contratos de prestación de servicios, de 2016 a 2019.
- Historia laboral consolidada PORVENIR.
- Relación histórica de movimientos PORVENIR.
- Registro SIAFP.
- Historia laboral bono pensional, no hay registro.
- Comunicados de prensa.
- Reporte semanas cotizadas Cédula de ciudadanía 274312 sin nombre, con indicación que el documento digitado presenta inconsistencia en la afiliación (ya que los nombres no concuerdan con la registraduría).
- Expediente administrativo de COLPENSIONES.
- Prueba recaudada de oficio de la vigencia de la cédula de ciudadanía 274312 expedida por la Registraduría del Estado Civil, certificación de no afiliación de la demandante a COLPENSIONES.

Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada apelaron la sentencia: Colpensiones considera que se vulneran el principio de sostenibilidad financiera del sistema, COLFONDOS y PORVENIR argumentan que no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante suscribió formulario de vinculación inicial a la AFP PORVENIR el 18 de septiembre de 1997, formulario a través del cual realizó la selección del Régimen de Ahorro Individual, de manera voluntaria como lo indicó en el

interrogatorio de parte; sin que en fecha anterior hubiera manifestado su voluntad de afiliación al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguro Social hoy COLPENSIONES.

Expuso la demandante que realizó cotizaciones previas al Instituto de Seguros Sociales y para acreditar tal situación allegó un reporte de semanas cotizadas sin nombre e identificado con la cédula de ciudadanía 274312, razón por la que se solicitó a COLPENSIONES el formulario de afiliación de la demandante cuya cédula es de extranjería con el cupo numérico 274312 y al Distrito de Bogotá dada la manifestación de la demandante en el interrogatorio que por su labor en esa entidad había realizado las cotizaciones al ISS.

COLPENSIONES allegó certificación de que la demandante no se vinculó a esa entidad y, por ende, no remitió formulario de afiliación y, respecto de las semanas cotizadas, expuso que no se generaba reporte de cotizaciones a cargo de la demandante por cuanto no existía la vinculación a esa entidad.

En ese orden de ideas, al revisarse el Decreto 1068 de 1995, en el artículo 4° consagra que para que la afiliación se considere válida el formulario debe estar correctamente diligenciado y firmado por el afiliado, el empleador y la persona autorizada por la entidad administradora de pensiones; y el Decreto 692 de 1994 en el artículo 33 señala que tratándose de la selección de régimen y vinculación a una determinada administradora, dicha vinculación sólo se hará efectiva una vez se haya recibido la firma del afiliado y se haya verificado el cumplimiento de los demás requisitos a que haya lugar.

Lo anterior, permite concluir que al no suscribir la demandante un formulario de vinculación con el ISS hoy COLPENSIONES no se puede establecer la existencia de una vinculación válida y eficaz con el ISS hoy COLPENSIONES, ni un traslado de régimen de pensiones entre el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, ni una múltiple vinculación entre regímenes.

Ahora como no se puede desconocer que la actora realizó cotizaciones sin afiliación al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES antes de la firma del formulario de vinculación inicial a PORVENIR en el año 1997, se encuentra que las normas que rigen el Sistema de Seguridad Social prevé la forma de solucionar tal situación en el Decreto 3995 de 2008 en el artículo 5 cuando consagra que “En aquellos casos en que por una persona se haya realizado cotizaciones sin que medie una afiliación al sistema, se entenderá vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1 de julio y el 21 de julio de 2007.”

En el presente caso se constata que las cotizaciones de la actora en el periodo antes mencionado se realizaron a COLFONDOS y la vinculación inicial se realizó a PORVENIR el 18 de septiembre de 1997 a PORVENIR, por lo que no se verifica un traslado de régimen de pensiones entre el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual se constata en el formulario de afiliación suscrito por la demandante a PORVENIR el 18 de septiembre de 1997 que se refiere a una vinculación y no a un traslado.

En ese orden de ideas, al no constatarse algún vicio de consentimiento en la manifestación de la voluntad de la demandante a PORVENIR en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no es dable la aplicación del precedente jurisprudencial señalado por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, porque que dicho criterio sólo es aplicable en los casos en que se persigue la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado entre los regímenes de pensiones de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, caso que no es el objeto de estudio en este proceso.

Que la aplicación de ese precedente no se refiere a la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como se constata en el presente caso, y solo hace relación al traslado entre regímenes se puede evidenciar entre otras en la sentencia STL17127-2021 de 9 de diciembre de 2021 emitida en el proceso de tutela identificada con la radicación 65246, en la que se expuso:

“No obstante, en esta oportunidad, no es posible endilgar al Tribunal convocado un desconocimiento del precedente vertical, pues la conclusión a la que arribó dicha Corporación no podía ser otra, si se tiene en cuenta que la vinculación de la actora a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA no obedeció a un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues, en realidad, lo que ocurrió fue un acto de afiliación inicial al referido ente de seguridad social, situación que, evidentemente, difiere de lo estudiado por esta Sala en sentencia STL8990-2020, tal determinación se acompasa con lo decidido por esta Sala en providencia CSJ STL 3634-2021”.

Por las razones expuestas, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas al tenor del artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUCAS ARMANDO RUÍZ SALCEDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2018 00715 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante la sentencia proferida el 8 de junio de 2022, por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación con COLFONDOS S.A., y, como consecuencia de ello, se condene a COLFONDOS a realizar todas las gestiones administrativas tendientes a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del actor incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.

Se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, indexación, costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (fl.93 y 109 archivo 07).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el traslado que efectuó el demandante del RPM al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicio de consentimiento acaecida en el proceso de traslado debe ser probado en el transcurso del trámite judicial, solo hasta que sea declarado por el juez de la causa le asistiría

a COLPENSIONES la obligación de recibir y activar su afiliación son solución de continuidad.

Presentó las excepciones de inexistencia de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fl.122 archivo 07).

COLFONDOS S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que se le brindó al demandante una información suficiente, oportuna y veraz, sin omitir la verdad, que le permitiera tomar una decisión libre y voluntaria sin ningún tipo de presión.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al Fondo de Pensiones Obligatorias administrador por Old Mutual S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (fl. 151 archivo 07).

COLFONDOS S.A. presentó **demanda de reconvención** (fl.172 archivo 07), solicitando se declare que dicho Fondo ya le reconoció pensión de vejez al actor y en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda, se ordene al demandante a reintegrar a COLFONDOS los valores que esa AFP hubiere pagado por concepto de mesadas pensionales junto con la rentabilidad que ese dinero habría producido de haber permanecido bajo la administración de COLFONDOS.

Solicitó, además, se permitiera la suspensión de la mesada pensional del demandante en tanto se resolviera este litigio.

La **demanda de reconvención se tuvo por no contestada** a través de auto de 3 de febrero de 2020 (fl.220 archivo 07).

La apoderada del demandante presentó **reforma de la demanda** (fl.180 archivo 07), en el sentido de incluir testimonios como pruebas del proceso, la que fue contestada por COLFONDOS (archivo 06 y fl.192 archivo 07).

En audiencia de 12 de agosto de 2021, la juez declaró probada la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario y ordenó la integración de la **NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (archivo 13), entidad que contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado

del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y, por consiguiente, desconoce la asesoría que realizara la AFP COLFONDOS S.A. al señor Lucas Armando Ruiz Salcedo con el fin de CONVENCERLO de realizar el traslado que se concretó en el año 2000. Lo anterior, dado que la afiliación y/o traslado de las personas entre los regímenes pensionales creados por la Ley 100/93 lo determinan por MANDATO LEGAL las Administradoras del Sistema General de Pensiones, sin que la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público TENGA INJERENCIA alguna en la decisión que al respecto adopte el interesado en pertenecer o bien al Régimen de Prima Media o en su defecto, al RAIS.

Agregó que la AFP COLFONDOS solicitó en fecha 14 de Junio de 2016, la Emisión del Bono Pensional en su calidad de representante del señor LUCAS ARMANDO RUIZ SALCEDO, petición que fue atendida favorablemente por esta oficina a través de la Resolución No. 15493 de fecha 26 de Julio de 2016, acto administrativo por medio del cual se EMITE y REDIME (PAGA) el bono pensional (Cupón principal a cargo de la Nación y cuota parte COLPENSIONES) del referido señor, sin que actualmente exista algún trámite pendiente por atender por parte de esta oficina en relación con dicho beneficio.

Como excepciones de fondo propuso las de falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción, la OFICINA DE BONOS PENSIONALES del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional del señor Lucas Armando Ruiz Salcedo y el señor LUCAS ARMANDO RUIZ SALCEDO es beneficiario de una pensión de vejez situación que impide su retorno a COLPENSIONES (archivo 18).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 8 de junio de 2022, declaró que COLFONDOS S.A. incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible al momento de la afiliación al demandante el día 27 de enero de 2000.

Declaró probada parcialmente a favor de la demandada COLFONDOS S.A. la excepción de inexistencia de la obligación frente a las pretensiones declarativas y condenatorias de la demanda con excepción de la pretensión declarativa No.1 que fue prospera. Absolvió de las excepciones declarativas y

condenatorias de la demanda y se relevó del estudio de las demás excepciones planteadas por COLFONDOS S.A.

En relación a COLPENSIONES declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en la demanda principal del demandante.

En relación a la Llamada en Litisconsorte Necesario el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO declaró probada la excepción denominada LA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO YA CUMPLIÓ CON LA EMISION Y REDENCIÓN DEL BONO PENSIONAL DEL SEÑOR LUCAS ARMANDO RUIZ SALCEDO, QUE EL SEÑOR LUCAS ARMANDO RUIZ SALCEDO ES BENEFICIARIO DE UNA PENSIÓN DE VEJEZ SITUACIÓN QUE IMPIDE SU RETORNO A COLPENSIONES y absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por el demandante.

Absolvió de la demanda de reconvención y condenó en costas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que la parte actora no presentó recurso de apelación se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta a su favor en virtud de lo expuesto en el artículo 69 del CPT y SS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la J., como apoderada de COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES presentó escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, aun cuando ostenta la calidad de pensionado.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 07

- A folio 3, cédula de ciudadanía del actor que acredita que nació el 14 de julio de 1954.
- A folio 44, formulario de afiliación en COLFONDOS el 27 de enero de 2000.
- A folio 45, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 51, historia laboral en COLFONDOS.

Archivo 19

- A folio 35, Resolución N° 15493 de 26 de julio de 2016.

Archivo 24

- A folio 5, comunicación de aprobación de pensión de fecha 22 de febrero de 2017.
- A folio 8, reconocimiento de pensión de vejez.
- A folio 11, formato de solicitud de pensión.
- A folio 16, extracto Fondo Especial de Retiro Programado COLFONDOS.

- Expediente administrativo del demandante.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 45 años, se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 939.71 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del gestor al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP COLFONDOS S.A. rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora bien, actualmente el señor Lucas Armando Ruíz ostenta la calidad de pensionado en la modalidad de retiro programado, como se corrobora con las documentales del archivo 24 del expediente digital, particularmente la obrante a folio 9.

La juez de primera instancia declaró que si bien COLFONDOS S.A. no había brindado una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible al momento del traslado del demandante a dicho Fondo, no existía la obligación de COLPENSIONES de recibir al accionante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en la medida que el actor ostentaba la calidad de pensionado.

En ese orden de ideas, respecto de la decisión de la juez se tiene que la misma se sustenta en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenida en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021 Radicación 84475, al estudiar un caso similar a este, esto es, cuando quien peticiona ineficacia del traslado tiene la calidad de pensionado y no de afiliado, en la que concluyó que la calidad de pensionado era una situación jurídica que ya se encontraba consolidada y que revertir la misma, podría afectar derechos e intereses de un gran número de actores del sistema y tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; en esa oportunidad indicó:

“...si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto...”

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones...”

Por lo anterior, resulta pertinente confirmar la decisión de la juez A quo en cuanto negó la ineficacia del traslado del demandante del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

Adicional a lo ya expuesto, es de anotar que aceptar el traslado de régimen de pensiones de una persona pensionada afecta el principio constitucional de sostenibilidad, siendo del caso recordar lo expuesto por la Corte

Constitucional en la sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron

ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Bajo ese panorama, es dable concluir que el traslado de régimen de pensiones de una persona pensionada en uno de ellos, si afecta el principio constitucional de sostenibilidad.

Dadas las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia porque se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

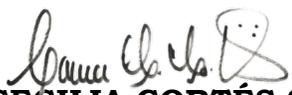
RESUELVE

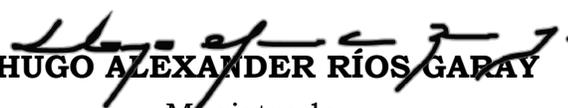
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2022, por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
ACLARO VOTO