



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS HERNANDO GARCIA TORRES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de mayo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **IVÁN DARÍO BLANCO ROJAS** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.221.256 de Bogotá D.C. y tarjeta profesional 205.113 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a sustitución conferida mediante correo electrónico del 11 de mayo de 2021.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

SENTENCIA

DEMANDA: El señor LUIS HERNANDO GARCÍA TORRES solicita se declare la nulidad del traslado efectuado a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir; que se traslade la afiliación al sistema de régimen de prima media, junto con todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación; que se ordene a Colpensiones a aceptar el regreso del afiliado al sistema; que se condene al pago de perjuicios causados e intereses moratorios y costas procesales (fl. 2 y 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que desde el 27 de enero de 1969 el demandante se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales; que el 21 de noviembre de 1995 se trasladó a la AFP Horizonte; que en la misma fecha solicitó al asesor que no radicara el formulario, ya que, deseaba continuar afiliado al Seguro Social; que siguió



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

realizando aportes al Seguro Social; que en el año 2010 le informan al actor que, este no se encuentra afiliado desde el año 2005 a Colpensiones; que, el 5 de noviembre de 2010 solicitó el traslado al extinto ISS y la misma fue negada; que radicó nueva solicitud de traslado en el año 2013 y tal pedimento fue nuevamente negado; que incoó acción de tutela en noviembre de 2013, con el fin de que fuera autorizado su traslado de régimen, sin embargo, esta fue negada; que la AFP Porvenir da respuesta a su requerimiento, informando que no es procedente su traslado ya que, no se cumplen con los requisitos establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que en 2015 radicó solicitó la anulación de la afiliación a Porvenir S.A. y al no recibir respuesta, presentó acción de tutela, trámite que fue asignado al Juzgado 1 de Pequeñas Causas Laborales y la entidad dio respuesta a su solicitud y la acción fue negada por hecho superado; en el año 2014 Colpensiones transfirió los aportes a Porvenir S.A.; que radicó sendas reclamaciones con posterioridad al año 2014 y estas fueron negadas; que ante Colpensiones también radicó solicitud de corrección de base de datos y en la respuesta se informa de la validez del traslado a Porvenir S.A..

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el actor se encuentra inmerso en una de las prohibiciones legales para trasladarse de régimen, por contar a la data con más de 60 años de edad y contar con menos de diez años para adquirir el derecho pensional. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los de; inexistencia de la obligación; excepción error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe; prescripción y la innominada o genérica (fl. 161).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La accionada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que el traslado de régimen fue realizado acorde a las disposiciones legales; que dicho trámite fue realizado en forma libre y voluntaria por el demandante. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó, prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fl. 180 a 191).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 9 de marzo de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 21 de noviembre de 1995; **declaró** que el demandante se encontraba afiliado a Colpensiones; **ordenó** a la AFP Porvenir S.A., a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante; **ordenó** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes del RAIS, como si este nunca se hubiese trasladado; ordenó a Porvenir a trasladar cuotas y/o gastos de administración recibidos por el demandante; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a Porvenir y Colpensiones, fijando como agencias, la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes; ordenó la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

“...Frente a esta documental que debe tener presente el despacho primero ninguno de estos elementos de orden documental dan cuenta de cuál fue la información que se brindó al demandante al momento del traslado, especialmente en torno a cómo se integraría su mesada pensional, que finalmente es una discusión que se refleja de manera tácita a partir del interés que le asiste en torno, a cuál sería la cuantía de su mesada pensional, es así como si bien es cierto este es el interés íntimo que plantea el demandante, el monto de su mesada pensional, que ese es uno de los aspectos que debía informarse al demandante es decir cómo está integrada la mesada pensional en uno u otro régimen....

...conlleva a aspectos que omitió informar la demandada porvenir entonces Horizonte al aquí demandante, señor Luis Hernando García, es por tal razón, que el despacho advierte entonces un incumplimiento al deber de información, lo que conlleva a que el acto jurídico no haya surgido de manera apropiada y que este como tal no tenga validez, lo que conlleva a su ineficacia.”

Por otro lado, señaló,

“...El demandante siempre mantuvo su intención de mantenerse afiliado al seguro social y que esa afiliación de 2003 no fue tomada en cuenta por ninguna de las dos entidades, especialmente, por Horizonte, quien rechazó, según respuesta que dio al demandante para el año 2016, dan cuenta que el demandante, tenía la intención de permanecer afiliado y realizar sus cotizaciones al régimen de prima media.

Esto se evidencia igualmente con las cotizaciones que se han realizado por el demandante y conforme al material que se allegó. Es decir, para el despacho aquí confluye también la teoría de la afiliación tácita donde el demandante hasta el año 2014 fecha en la que incluso había cumplido los 62 años de edad, trasladó los aportes a Porvenir, de manera unilateral allí, Colpensiones de manera unilateral realizó este traslado o no se da cuenta de un comité de multiafiliación, sin embargo, resultaron unos dineros en Porvenir, sin que existiera solicitud del accionante en tal sentido, a pesar de su intención y del formulario de afiliación y las solicitudes de corrección de historia laboral.

Eso, es contrario a lo que ha presentado la prueba documental. Nótese que en comunicado del 24 de septiembre del año 2013 realmente lo que solicitó el demandante para dar la oportunidad a Colpensiones para corregir su historia laboral, es decir, nos da cuenta de que, su percepción era haber estado en el régimen de prima media más no estar en Porvenir.

Es así como dicha gestión tanto de Colpensiones como de Porvenir han provocado perjuicio al demandante, pues a lo largo del proceso se ha demostrado la voluntad inequívoca de permanecer en el régimen de prima media, desde el año 2003, en el cual radicó su solicitud de afiliación al régimen de prima media, más allá del alcance que pudiera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tener la ineficacia del traslado que hoy se decreta, sucedió el 29 de noviembre de 1995.

Así las cosas, como las consecuencias de la afiliación tácita, se encuentran inmersas dentro de la declaración de ineficacia en traslado, para este despacho se debe dar prioridad a la tesis de la ineficacia del traslado por no haberse presentado dentro de ese contrato de afiliación o esa relación jurídica de afiliación los requisitos necesarios para tener dicho acto como suficiente o como válido...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La ADMINISTRADORA DELFONDODE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, manifiesta su inconformidad con la decisión, argumentando que no se encontraba probado que faltare uno de los requisitos para la celebración del contrato, como lo es la incapacidad absoluta; que la entidad es una entidad particular y por ello, debe presumirse su buena fe; que no se valoró que el demandante no tenía derechos consolidados al momento de su afiliación al RAIS y por tanto no existía impedimento para trasladarse de régimen; que declarar la nulidad o ineficacia del traslado genera un desfinanciamiento del sistema; que no está de acuerdo con el traslado de los gastos de administración, ya que, estos rubros se utilizaron para pagar la prima de seguros que se pagó.

La parte demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, arguyó que debía revocar en forma parcial el fallo, argumentando respecto a la ineficacia del traslado, en el sentido de que no se cauce un perjuicio a la entidad al ordenar el traslado del afiliado, ya que en el momento no se tiene certeza del dinero ahorrado por el demandante, con el fin de establecer el monto de prestación a reconocer a favor del demandante; en segundo lugar, manifiesta inconformidad frente a la carga de la prueba al considerar que, el precedente jurisprudencial debe aplicarse frente a personas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que estaban cerca a adquirir el derecho pensional o en la que se pudiera causar un perjuicio al afiliado; sin embargo, en el sub lite el aquí demandante, es quien debe acreditar que no se le brindó una debida información, dado que a la fecha del traslado, no se tenía consolidado ningún derecho, por lo que, debe recaer en cabeza del demandante y no del fondo privado, que del interrogatorio de parte y la documental allegada se realizó un traslado.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

El apoderado de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** solicita se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a la entidad de la totalidad de las pretensiones, al considerar que se debe reinvertir la carga de la prueba, ya que se impone una carga al fondo privado para efectuar el cambio de régimen; que el actor no se encuentra amparado por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media, además por cuanto debió realizar dicho trámite antes de cumplir 10 años para cumplir con la edad para pensionarse; que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1508 del Código Civil, los vicios del consentimiento, son el error, fuerza y el dolo; respecto al error informó que debía demostrarse que se hubiera incurrido en tal vicio al momento de la afiliación y dicha carga se encuentra a cargo del demandante; que la entidad se ve muy afectada con la declaratoria de nulidad, por la sostenibilidad financiera del sistema pensional; que el RAIS y el RPM distribuyen en forma diferente el aporte a pensión; reclama la aplicación de la prescripción y la caducidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, reclama se revoque la sentencia de primera instancia al estimar que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento al efectuarse el traslado de régimen; que el formulario de afiliación es un documento público y no fue tachado de falso, por lo que, se presume como auténtico; que la AFP garantizó el derecho de retracto al demandante, situación que se acredita con la publicación efectuada en el año 2004, en el diario el tiempo; que el traslado de régimen fue efectuado en el año 1995 con Horizonte, en forma libre y voluntaria, fecha para la cual se brindó la correspondiente información; que no es viable aplicar o imponer cargas que para la fecha de afiliación del trabajador, no existían; que no se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a los saldos que tenga el afiliado en la cuenta individual e imponer condena por conceptos adicionales genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 117 respuesta a la petición presentada por la demandante el 28 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

noviembre de 2016, en la que se negaba el traslado a Colpensiones obrante a folio 136.

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por LUIS HERNANDO GARCÍA TORRES al régimen de ahorro individual administrado por el PORVENIR S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía (fl. 16); formulario de vinculación o actualización al sistema de pensiones (fl. 17); solicitud de vinculación al sistema de riesgos profesionales (fl. 18); derecho de petición incoado a Colpensiones (fl. 19); respuesta a derecho de petición del Seguro Social (fl. 20); reporte de semanas cotizadas expedida por el Seguro Social (fl. 21); derecho de petición radicado el 24 de septiembre de 2013 (fl. 26); adición de derecho de petición radicado el 24 de septiembre de 2013 (fl. 28); acta de reparto; demanda y fallo de tutela instaurada ante el Juzgado 23 Penal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Municipal con control de garantías (30 a 42); respuesta a petición emitida por AFP Horizonte (fl. 43); certificado de afiliación a la AFP Horizonte (fl. 48, 193); extracto de fondo de pensiones Horizonte (fl. 49 a 52); solicitud de vinculación a AFP Horizonte (fl. 53); reporte de semanas cotizadas (fl. 54); solicitud de nulidad de afiliación incoado ante Porvenir (fl. 60); solicitud de traslado de aportes a Porvenir (fl. 73); fallo de tutela proferido por el Juzgado 1 Municipal de Pequeñas Causas Laborales (fl.75); respuesta al derecho emitido por Porvenir a la acción de tutela adelantada en el juzgado laboral (fl. 83); derecho de petición incoado el 9 de marzo de 2016 (fl. 89); respuesta derecho de petición de Porvenir (fl. 96); derecho de petición a Porvenir y Colpensiones (fl 98 y 117); respuesta de Porvenir y Colpensiones a petición (fl. 134 y 136); solicitud incoada en 2017 a Colpensiones (fl. 138); expediente administrativo del demandante (fl. CD 170); certificado SIAFP (fl. 194); resumen de historia laboral (fl. 196); oficina de bonos pensionales (fl. 197); relación histórica de movimientos de Porvenir (fl. 198); relación de aportes efectuados a Porvenir (fl. 206).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a 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.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le 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».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le 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.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

- 1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*
- 2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
- 3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia. En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse 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.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador 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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 27 de enero de 1969 tal como se advierte de la historia laboral que obra a folios 21 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Protección hoy Porvenir el 25 de noviembre de 1995, ; fondo al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Protección S.A. hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 53).

Por otro lado, se advierte desde ya, que no es posible invertir la carga de la prueba al demandante, como lo sostiene el apoderado de Colpensiones, dado que, tal situación soslayaría los derechos fundamentales, procesales y que jurisprudencialmente se han reconocido a las personas que consideran han sido perjudicados al trasladarse de régimen sin la suficiente información para ello.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que *«fueron a su casa a asesorarlos sobre el cambio de régimen y allí le indicaron que Seguro Social se iba a acabar, que en el fondo iba a obtener más rendimientos e intereses, pero no le dijeron nada más sobre la pensión; que firmara un documento, para revisar si se podía trasladar de régimen dada la edad y semanas de cotización que tenía para dicha data; que no leyó el documento que firmó y no volvió a saber nada ni del asesor ni del documento firmado, creyendo que no había podido realizarse este trámite, siguió haciendo los aportes al sistema de seguridad social en pensiones al extinto Seguro Social; que en el año 2003 se afilió a Colpensiones y que en el 2010 cuando creyó tener todos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, se presentó a solicitar la pensión al RPM y allí le informaron que se encontraba multiafiliado»*. (Cd. Fl. 243).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Protección hoy Porvenir S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto al actor, al indicarle que la autorización o documento firmado era para averiguar si este podía trasladarse, cuando en realidad era el formulario de afiliación al RAIS, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la sociedad Protección hoy Porvenir S.A., incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales del demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo a la afiliada en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí, que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento de la afiliada, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Al encontrarse acreditado el vicio del consentimiento a la hora de efectuarse el traslado de régimen del demandante, mal haría este Colegiado, en establecer la buena fe de la convocada a juicio, alegada en la alzada, ya que esta queda totalmente desdibujada, con las probanzas allegadas.

Aunado a lo anterior, tampoco se pasa inadvertido que el demandante, en el año 2003 presentó solicitud de afiliación a Colpensiones, sin que, le fuera informado por ningún medio, que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

encontraba inmerso en una multiafiliación o algún tipo de novedad en dicho registro, por lo que, este siguió realizando sus aportes al RPM, desconociendo tal situación.

Dado que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por el demandante, y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al recurso de apelación impetrado por el apoderado de Porvenir S.A., en el entendido de condenar a la entidad a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, dada la ineficacia del mismo, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.

Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino al despacho, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga el demandante, sin la realización de ningún tipo de descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación.

Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 9 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUIS HERNANDO GARCÍA TORRES** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..**

SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, dado el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Aclara Voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente, para cada una de las entidades.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', is written over a large, stylized circular flourish.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CAROLINA RINCÓN PINZÓN** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de mayo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA** identificada con cédula de ciudadanía No. 53.077.146 de Bogotá D.C. y tarjeta profesional 194.491 del C.S. de la J. y a la abogada, **MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA**, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 de Envigado y portadora de la T. P. No. 288.820 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe la primera en representación de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme al poder conferido mediante registro efectuado el 23 de noviembre de 2018 ante la Cámara de Comercio de Bogotá, con el No 00040473 del libro IX y la segunda, como apoderada principal de acuerdo a escritura pública, quien a su turno, sustituye el mandato a la abogada, **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional y portadora de la T. P. No. 221.228 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora CAROLINA RINCÓN PINZÓN solicita se declare la ineficacia del traslado efectuado al Fondo de Pensiones y Cesantías Skandia por omisión en el deber de información; consecuencia de lo anterior, se establezca que continúa afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones; que Skandia deberá devolver al RPM los valores recibidos con motivo de la afiliación al demandante; se ordenara la aplicación de los principios ultra y extra petita; que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

condene a Skandia al reconocimiento y pago de las costas y agencias en derecho. (fl. 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 6 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 7 de enero de 1965; que empezó a cotizar al sistema general de pensiones el 23 de febrero de 1989 en el extinto Seguros Sociales; que se trasladó a Horizonte hoy Porvenir en agosto de 1996 y permaneció allí hasta el 2004; que de acuerdo al reporte de semanas expedido por Old Mutual la actora cuenta con 1469 semanas; que cuenta con un bono pensional y capital acumulado por valor total de \$322.910.295; que Old Mutual realizó un estimado del monto de la pensión a partir de los 57 años de edad; que durante los últimos diez años de cotización ha realizado aportes al sistema de seguridad social sobre 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes; que no recibió asesoría idónea frente a las consecuencias del traslado de régimen, violándose el deber de información, buena fe y transparencia; que a pesar de firmarse el formulario de afiliación, este no demuestra el consentimiento informado; el 16 de octubre de 2019 solicitó a Colpensiones dejar sin efecto la afiliación al RAIS, sin que se hubiese recibido respuesta alguna; que el 15 de octubre de 2019 solicitó a Skandia se dejara sin efecto la afiliación y la respuesta fue desfavorable (fl. 5 y 6).

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que no se encontraba acreditada la causal de falta de información y por ello no procede el traslado al régimen de prima media. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los de; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; buena fe; innominada o genérica (fl. 62).

La accionada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que no fue allegada prueba sumaria que sustenten la ineficacia de la afiliación, adicionalmente, que la obligación de asesoría e información surgió a partir del año 2015. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó, prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fl. 97 archivo 008. 2019-828 Contestación.pdf).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la afiliación de la demandante al RAIS se realizó con los lineamientos del ordenamiento jurídico y suministrándose la información pertinente. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó, prescripción; buena fe; cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación; genérica (fl. 97 archivo 008. 2019-828 Contestación.pdf).

La llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, ni se opuso ni se allanó a las pretensiones, al considerar que no existe motivo para que las pólizas contratadas con dicha aseguradora sufra modificación alguna. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó, no existencia de ineficacia o nulidad frente al traslado de régimen con Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., pues el mismo cumple con los requisitos de ley para su validez; ausencia de cobertura del seguro previsional expedido por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. frente a la pretensión de ineficacia o nulidad del traslado; improcedencia de la afectación del seguro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

previsional expedido por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. frente a las pretensiones de la demanda encaminadas al reconocimiento de la devolución de los valores recibidos con motivo de afiliación del demandante, devolución de cotizaciones, devolución de bonos pensionales, reconocimiento de frutos e intereses conforme al artículo 1746 del C.C. de los rendimientos causados, gastos de administración, costas y agencias en derecho; improcedencia de la afectación del seguro previsional expedido por Mapfre frente a las pretensiones encaminadas al reconocimiento de devolución de sumas adicionales de la aseguradora; No hay lugar a la devolución de primas pagadas por la AFP; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido frente a Mapfre; prescripción de la acción de rescisión o nulidad frente al traslado de régimen; prescripción, compensación y nulidad relativa; genérica y buena fe (fl. 92 archivo 015. CONTESTACIÓN MAPFRE SEGUROS).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 24 de marzo de 2021, resolvió; **absolver** a las demandadas de todas las pretensiones; **condenó** en costas a la demandante y fijó como agencias la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente; ordenó la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...La demandante confiesa en su interrogatorio que sí recibió la información, ella confiesa que le informaron sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios, ella confiesa que le informaron que esos aportes voluntarios eran para aumentar el monto de la pensión, que le informaron que en el caso de no tener beneficiarios el saldo iría para sus herederos, igualmente, confiesa que le informaron que esos aportes generarían rendimientos confiesa que podía pensionarse anticipadamente por lo que es claro que la demandante sí recibió en el momento de traslado de régimen que se reitera, fue con Colpatria no con Horizontes, ni fue con Skandia, fue con Colpatria en su momento.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ella confiesa que sí recibió la información necesaria, que eran exigidos requerida en el año 1996, sin que sea posible imponerle a este fondo de pensiones requisitos adicionales a los exigidos en la normatividad vigente.

La demandante se traslada a Skandia y debe resaltarse que para el año 2004 la demandante estaba aún muy lejana de entrar dentro de la prohibición consagrada en la Ley 797 de 2013, en cuanto a la posibilidad de retornar a Colpensiones, como quiera que nació en el año de 1965 y para el año 2004 cuando ella se traslada de fondo no de régimen tenía 39 años de edad.

Es claro que ella manifiesta en este documento que no fue tachado de falso ni se desconoce como cierto que también fue asesora, es decir, no fue asesora una única vez, fue asesorada 2 veces, la primera vez cuando se traslada de régimen con Colpatria y la segunda vez que recibe asesoría es cuando se traslada de fondo con Skandia.

Por lo que en el caso que nos ocupa se acredita con lo confesado por la demandante y con la prueba documental adiada al expediente, que el traslado de régimen de la demandante se reitera, nuevamente, con Colpatria sí fue precedido de una información suficiente. Resaltando que en los hechos de la demanda de manera alguna se indica que Colpatria no le dio información a la demandante, por lo que no estaríamos hablando de una negación indefinida, por lo que en el caso que nos ocupa no es posible acceder a las pretensiones de la demandante, por lo que no puede declararse la ineficacia del traslado...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la parte demandante, argumenta que si bien la demandante recibió información respecto al traslado, esta no fue completa, no solo con las ventajas que producía el fondo, y las diferencias debían ser informadas, como lo era la diferencia entre el RPM y el RAIS; que a la demandante, Colpatria no le informó la diferencia entre cada fondo, y no se encuentra probada, en ningún momento se dijo que monto del capital se reconocería la prestación. Las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, señalan que, se debe suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna, de las características, beneficios, desventajas, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional; lo confesado es una información parcial respecto a ventajas y algunas características propias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del régimen pero no le dijeron como se podía pensionar en forma anticipada ni las desventajas del fondo, ni la diferencia con el RPM; que la información trascendental fue omitida por Colpatria; que se encuentra vulnerado el deber de información, al ser esta sesgada y dar por hecho o probado que sí se acreditó tal requisito con la firma del formulario y por ello solicita se revoque la sentencia.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, solicita se confirme la sentencia al no configurarse los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen; que el traslado de la demandante al RAIS, fue libre, voluntario y consiente, por lo tanto, el traslado es válido; para la fecha del traslado, la AFP no tenía el deber del buen consejo o doble asesoría, ni tampoco el deber de informar sobre beneficios puntuales entre regímenes; que la actora en el interrogatorio de parte efectuado indicó haber recibido información sobre el RAIS, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, la emisión y negociación de bono pensional, y la posibilidad de que los aportes fueran parte de la masa sucesoral en caso de fallecimiento; que tuvo varias oportunidades para trasladarse al RPM y no lo hizo; la inconformidad de la actora, recae sobre el monto pensional a reconocerse; que se efectuaron varios traslados horizontales, demostrándose el conocimiento del funcionamiento de los regímenes.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, reclama se estudie el fallo en su totalidad; que obran pruebas en el cartulario para establecer que el contrato suscrito entre la demandante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y la AFP Old Mutual no es nulo, al haberse suscrito entre las partes el formulario en forma libre y voluntaria y se suministró la información idónea para ello; que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica y sin ponderación; que se encuentra inmerso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003.

La apoderada de la **demandante**, solicita se revoque la sentencia, argumentando para tal efecto que, se trasladó en el año de 1996 al RAIS y este fue absorbido por Horizonte y posteriormente en Porvenir S.A., donde permaneció hasta marzo de 2004, cuando se trasladó a Skandia; que al momento del traslado no se le brindó información necesaria y suficiente para establecer las ventajas y desventajas del cambio de régimen; que el juez de conocimiento dio por cierto que la actora había recibido la información necesaria y suficiente para trasladarse del RPM, sin embargo, de la información suministrada esta fue parcial; que las demandadas a través de los interrogatorios de parte no demostraron o acreditaron que hubiesen brindado la asesoría necesaria y completa a la actora; que la inversión de la carga de la prueba es una regla obligatoria a cargo de las administradoras y en el sub lite no se encuentra acreditada.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 51 la petición remitida por la demandante el 15 de octubre de 2019 por correo certificado a Colpensiones, solicitando la anulación de la afiliación.

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la parte demandante en el recurso de apelación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por CAROLINA RINCÓN PINZÓN al régimen de ahorro individual administrado por SKANDIA hoy Old Mutual junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, respuesta a derecho de petición emitida por Colpensiones del 6 de agosto de 2019 (fl. 21); reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones al 2 de agosto de 2019 (fl. 22); respuesta a solicitud incoada ante Porvenir e historia de movimientos a Horizonte (fl. 26); respuesta a solicitud incoada ante Old Mutual de fecha 8 de agosto de 2019 (fl. 35); formulario de afiliación al fondo de Pensiones obligatorias Skandia (fl. 38); historia laboral consolidada emitida por Old Mutual el 8 de agosto de 2019 (fl. 39); Certificado de Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos pensionales (fl.43); formulario de solicitud de afiliación y traslado a Colpatria (fl. 45); respuesta de Skandia frente a petición presentada por la demandante (fl. 46); formulario de afiliación a Skandia (f. 49); reclamación administrativa (fl.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

51); certificado de Porvenir de afiliación y retiro a dicho fondo y valores trasladados a Old Mutual (fl. 30 archivo 008. 2019-828 Contestación); formulario de afiliación y traslado a Colpatria; (fl. 35, archivo 008. 2019-828 Contestación); historial de vinculaciones emitido por Asofondos (fl.36 archivo 008. 2019-828 Contestación); relación histórica de movimientos a Porvenir (fl. 38 archivo 008. 2019-828 Contestación); estado de cuenta a Skandia Fondos de Pensiones Obligatorias (fl. 27 011. CONTESTACIÓN SKANDIA); Historia laboral consolidada (fl. 50 011. CONTESTACIÓN SKANDIA); certificado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales (fl. 58 011. CONTESTACIÓN SKANDIA); seguro previsional de invalidez y sobrevivencia (fl. 113 a 124 del archivo 011. CONTESTACIÓN SKANDIA y folio 28 a 39 y 99 del archivo 015. CONTESTACION MAPFRE SEGUROS); condicionales particulares (fl. 92 011. CONTESTACIÓN SKANDIA)

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica**; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla (Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a 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.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le 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».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a 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.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le 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.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2. *Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
3. *Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*

4. *Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*

5. *Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*

6. *Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente. Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse 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.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador 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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de febrero de 1989 tal como se advierte de la historia laboral que obra a folios 22 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Colpatria fondo que fue absorbido por BBVA Horizonte Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., a partir del año 2000, conforme a lo dispuesto en la Resolución 0848 del 6 de noviembre de 2002 emitida por el Superintendente Delegado para la Inspección y Vigilancia del Mercado y que a su vez, dicha entidad fue absorbida por la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir mediante Escritura Pública No. 2250 del 26 de diciembre de 2013 en la Notaria 65, el 31 de diciembre de 2013; fondo del cual solicitó su traslado en marzo del 2014 a Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 45).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, a diferencia de lo indicado por la juez de conocimiento, se concluye, que la demandante no fue presionada para suscribir el formulario de traslado y adicional a ello manifestó que; por terceras personas y por la misma asesora del fondo se enteró que el ISS se iba a acabar; que recibió extractos, *“Pues mandaban unas cartas a mi domicilio, mandaban unos sobres, en el que realmente nunca entendí esa información, pues sí mandaban esas informaciones, como un extracto donde esta una información, pero realmente nunca me tomé la molestia de preguntar qué era lo que decía eso.”* (Respuesta a pregunta seis efectuada por el apoderado de Colpensiones).

Respecto a los aportes voluntarios cuando el apoderado de Colpensiones indagó sobre este aspecto, ella contestó que, no había realizado tales aportes (respuesta 13 del interrogatorio).

Llegado el turno para interrogar por parte de Porvenir, esta entidad indagó y obtuvo las siguientes respuestas;

*“Indíqueme al despacho que información le dio a usted Colpatria respecto de rendimientos, en el momento de la afiliación.
No pues, yo no te puedo decir en este momento exactamente cuál fue esa información. Yo me acuerdo que dijeron que era un fondo muy bueno, está creciendo, eso, no te puedo decir nada más porque estaría inventando.”*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Diga cómo es cierto sí o no que Colpatria le informó que sus aportes en pensión generarían rendimientos.

Si

Indíqueme al despacho si Colpatria le indicó que en caso de fallecer y no causar derecho a la pensión, sus beneficiarios recibirían estos dineros a través de la herencia.

Creo que sí.

Indicó usted al despacho que Colpatria le informó en su momento la posibilidad de pensionarse en forma anticipada. Indíqueme al despacho si usted preguntó o consultó los presupuestos para pensionarse de esta forma.

*Me dijeron que me podía pensionar anticipadamente, sí, **los presupuestos nunca me los dijeron***

Usted consultó los requisitos para pensionarse en forma anticipada.

En ese momento no.

Por favor indíqueme al despacho si Colpatria le indicó a usted sobre la posibilidad de realizar aportes adicionales a los obligatorios.

Si.

Teniendo en cuenta su respuesta recuerda la finalidad por la cual le indicaron que podía realizar o la finalidad para la cual le indicaron que podía realizar esos aportes adicionales.

Pues creo que lo que me dijeron para aumentar el monto de la pensión.

Indíqueme al despacho si Colpatria le informó que en el fondo privado usted se pensionaría de acuerdo con el capital que acumulara en su cuenta de ahorro.

No.

Por qué razón usted nunca regresó al ISS hoy Colpensiones.

Porque, vuelvo y repito, porque confíe en la buena fe de lo que me estaban diciendo

Indíqueme al despacho si usted en algún momento se acercó a Colpatria o a Horizonte a indagar o a solicitar una proyección de lo que podría ser su mesada pensional.

No señora. Nunca. Yo fui el año pasado o antepasado a Skandia, cuando tuve mi episodio del cáncer, antes no había ido a hacer esa averiguación."

En el interrogatorio efectuado por la apoderada de Old Mutual, al momento de indagársele sobre los aportes voluntarios, la demandante se ratifica en manifestar que ella no hizo tales aportes y desconoce el motivo por el cual aparecen a su nombre dichos pagos y se mantiene en su dicho al interrogarse por parte del despacho sobre esta situación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En este punto y a la hora de declarar la representante legal de Skandia, esta informa que *“el valor voluntario de la empresa, esto es que algunas empresas de forma voluntaria deciden dar un excedente que ayuda a la pensión de la señora Carolina Rincón Pinzón, no es una obligación, no hay que hacerlo todo el tiempo, pero hay algunas compañías que digamos, de un porcentaje de aportes que ellos dan, digamos, por ejemplo \$400.000, existe un aporte de la compañía que por cada \$400.000, ponle ellos van a poner \$2.000 y a partir de esos \$2.000, la obligación de la compañía es utilizarlos también y empezar a generar rendimientos para que a la actualidad cuando se llegue al final de digamos, del 2021, tú veas que esos \$2.000 se te volvieron \$50.000 o \$60.000 dependiendo de los rendimientos y el manejo del mercado que tenga la compañía”* (1:02:35).

Que de acuerdo al estado de cuenta allegado por Skandia (folio 30 del medio magnetofónico acopiado a folio 97 del cartulario – archivo 011. CONTESTACIÓN SKANDIA), se encuentra para el período de marzo de 2007 un aporte “VOLUNTARIO AFILIADO” por valor de \$418.500 y en el cual, se detalla en el concepto, “QUALA S.A. / APORTE OBLIGATORIO”, luego entonces, debe dejar claro esta Colegaitura, que este no fue un aporte efectuado por la demandante al RAIS, sino, un aporte por concepto de pago de aportes obligatorios efectuado por su empleador en forma equivocada y catalogada como un aporte voluntario.

Adicionalmente, a partir del mes de marzo de 2007, se empezaron a efectuar descuentos sobre dicho monto, como se verifica en forma tangible en la información allegada por la pasiva, respecto a un aporte voluntario inexistente, al ser este un aporte obligatorio; luego entonces, no se puede endilgar o aseverar que el enunciado “aporte voluntario” fue efectuado por la demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

El material probatorio allegado al informativo y el interrogatorio de parte rendido por la demandante, encuentra la Sala, que no son suficientes para probar el consentimiento informado de la accionante, y mucho menos que se acredite con otro elemento medio de convicción de las consecuencias de dicho traslado, ni la explicación o asesoría frente a las diferencias entre uno y otro régimen, advirtiéndose la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Skandia hoy Old Mutual, que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la sociedad AFP Skandia hoy Old Mutual, incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo a la afiliada en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí, que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En virtud de lo hasta aquí expuesto, debe reprochar la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, pues se itera, se confesó por la parte actora, lo atinente a recibir extractos de su cuenta individual, pero, en todas sus respuestas manifestó que nunca los entendió; respecto a la herencia a favor de sus beneficiarias informó que creía que si había sido informado sobre este tema, pero no aceptó en forma expresa tal indagación; en cuanto a la posibilidad de pensionarse en forma anticipada, indicó que sí había sido informada de tal situación pero que *“los presupuestos nunca me los dijeron”*; por lo que, a pesar de existir una información, esta fue mínima, y solo sobre temas selectivos, acreditándose la existencia del vicio en el consentimiento de la afiliada, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que al declararse la ineficacia del traslado efectuado a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., , se condenará a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.»

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, por que los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, la Sala considera preciso, ordenar que la AFP OLD MUTUAL, traslade a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales en el evento en que hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo.

Igualmente, advierte esta Corporación que, si bien fue no solicitada la declaratoria de nulidad y por ende ineficacia del traslado frente a la AFP Porvenir, ello no era necesario dado que, la última relación contractual vigente es la de la AFP Old Mutual al ser el último fondo al que se trasladó la demandante.

COSTAS

Sin costas en esta segunda instancia, al salir adelante el recurso de apelación formulado por la parte demandante. Las de primera instancia se revocan y en tal sentido, se ordenará a la juez de conocimiento para que proceda a fijar las agencias en derecho causadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, la Sala de decisión

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 24 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CAROLINA RINCÓN PINZÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.**

SEGUNDO. DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** realizado por **CAROLINA RINCÓN PINZÓN** del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CUARTO. ORDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

QUINTO. ORDENAR a COLPENSIONES que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en los ordinales anteriores, reactive la afiliación de la actora al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

SEXTO. COSTAS. Sin costas en esta segunda instancia, al salir avante el recurso de apelación formulado por la parte demandante. Las de primera instancia deberán ser fijadas por el juzgado de conocimiento.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ ALFONSO VANEGAS** contra la empresa **INVERSIONES LYAR S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de mayo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: JOSÉ ALFONSO VANEGAS a través de apoderado judicial, persigue se declare la existencia de un contrato de trabajo con la empresa Inversiones Lyar S.A.S., por el interregno de tiempo del 5 de agosto de 2018 al 3 de agosto de 2018; que la convocada a juicio adeuda cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones y auxilio de transporte causados durante el vínculo contractual; que se debe ordenar el pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; que se debe reconocer la indemnización por despido sin justa causa.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos advierte; que entre las partes se celebró contrato de trabajo desde el 5 de agosto de 2018, en el cargo de oficios varios; que el salario pactado fue de \$830.000 y a la finalización del vínculo contractual este era de \$920.000; el horario de trabajo era de lunes a sábado; que se le adeuda el pago de prestaciones sociales; que fue despedido sin justa causa (fl. 3 a 16).

CONTESTACIÓN de **INVERSIONES LYAR S.A.S.**, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la empresa había reconocido y cancelado al demandante todos los emolumentos surgidos del vínculo contractual, en forma completa y oportuna, adicionalmente que, el demandante vivía a cien metros de su sitio de trabajo y por ello, no era procedente reconocer el auxilio de transporte. **Excepciones.** Como medios exceptivos propuso los de pago; compensación, inexistencia de la obligación y la genérica (fl. 22 a 28).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 4 de marzo de 2021; **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el demandante, declarar probada las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, propuesta por la demandada; **condenó** en costas al demandante y fijó como agencias en derecho en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; **ordenó** la consulta de la sentencia.

Fundamentó su decisión en qué;

“... Así las cosas, concluye este despacho que en presente asunto se encuentra acreditado efectivamente la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el señor demandante y la parte demandada, que se desarrolló entre el 1 de noviembre de 2018 y el 3 de agosto del año 2019, conforme lo aceptó expresamente la parte demandada. Devengando el señor demandante la suma de un salario mínimo legal vigente en el cargo de oficios varios y no guarda ninguna consonancia la manifestación que hace el señor demandante, en cuanto a que había iniciado sus servicios a la parte demandada como lo solicitaba se declarara desde el 5 de agosto de 2018, cuando como se certifica allí, estaba trabajando con otro empleador, que es de la misma familia, pero es una sociedad totalmente diferente...”

...

En conclusión frente al primer problema jurídico, debemos declarar la existencia del contrato de trabajo por los extremos 1 de noviembre de 2018 al 3 de agosto de 2019 y entramos a estudiar lo correspondiente a los derechos laborales que indica el señor demandante, que desde ya, lo que evidenciamos con el interrogatorio de parte, y vamos a hacer sin embargo oficio, vemos que el señor demandante, confesó en su interrogatorio de parte, se le pagaron todas estas acreencias laborales que reclamaba en la presente demanda y ahí están los correspondientes recibos y pagos a su favor (1.10:51)...”

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales guardaron silencio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, sin que la parte demandante interpusiera recurso de apelación, la decisión fue enviada a fin de que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que Invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio* y los argumentos esbozados por el sentenciador de primera instancia, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 69 del CPL, procede a determinar si entre las partes en contienda existió un contrato de trabajo, en caso afirmativo, determinar si al demandante le asiste derecho a que la demandada le reconozca y pague las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y auxilio de transporte causados durante la vigencia de la relación laboral, las indemnizaciones por despido injustificado y por mora en el pago oportuno de prestaciones sociales a la terminación del vínculo contractual.

1. EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS EXTREMOS

Con miras a resolver la *Litis* planteada, es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que en lo referente a la relación laboral y los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

extremos de la misma, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba, en materia procesal, incumbe a la parte demandante, demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de dicha prestación, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, de conformidad con el artículo 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL.

Es así, como según el artículo 24 del CST., dispone que «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», de donde se colige, que basta con que el trabajador demuestre la prestación humana del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014.

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate estima pertinente la sala proceder a analizar el material probatorio recaudado, dentro del cual aparecen las siguientes documentales, dado que no fueron tachadas de falso ni reargüidas por la parte en los términos previstos en el artículo 269 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T:

- Contrato Individual de trabajo a término indefinido (fl. 31).
- Formulario de afiliación a la EPS Salud Total (fl. 32).
- Certificado de afiliación a la ARL Positiva (fl. 33).
- Certificación expedida por la empresa Ruíz Moreno y Cia S en C.
- Entrega de dotación de diciembre de 2018 (fl. 35).
- Entrega de dotación de abril de 2019 (fl. 36).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

- Certificado de aportes en línea de cesantías (fl. 37 a 39).
- Comprobantes de pago (fl. 40 a 49).
- Pago de nómina (fl. 50 a 67).
- Planillas de pago en línea (fl. 68 a 77).
- Llamado de atención realizado al demandante en marzo de 2019 (fl. 78).
- Comprobante de egreso No. 152 por valor de \$1.775.350, con anotación de no aceptación del demandante (fl. 79).
- Liquidación de contrato de trabajo (fl. 80).
- Carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 3 de agosto de 2019 (fl. 81).
- Factura de Venta C524 160, en la que la demandante remitió documento al demandante.
- Acta de reparto de pago por consignación efectuado al Juzgado 8 Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá; carta de liquidación de prestaciones, copia de título judicial y comprobantes de pago (fl. 83 a 89).

De otra parte, el señor José Alfonso Vanegas absolvió interrogatorio de parte y del cual se desprende, al cuestionársele respecto de la vinculación que tuvo con la sociedad demandada, *“que la misma se dio mediante contrato de trabajo, que suscribió en blanco y del cual no le fue entregada copia; que durante su relación laboral su empleador le pagó las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, dotaciones, indemnización por terminación unilateral del contrato; que le fueron realizados llamados de atención y respecto a la consignación del depósito judicial puesto a disposición del Juzgado 8 Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, señaló que conocía de este depósito, sin embargo, no lo ha retirado al considerar que este es un trámite engorroso”* (Cd. Fl. 93).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la representante legal de la empresa Inversiones Lyar S.A.S., afirmó que *“entre las partes se había suscrito un contrato a término indefinido desde el 1 de noviembre de 2018, con un salario mínimo mensual legal vigente para dicha data; que las funciones desempeñadas por el demandante eran las de portero; que se realizaron sendos llamados de atención y ante el incumplimiento reiterativo en las funciones, decidieron terminar el contrato y pagar la correspondiente indemnización”* (Cd fl. 93).

Que de acuerdo a la información registrada en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, de la empresa Inversiones Lyar S.A.S., se tiene que, ésta fue constituida e inscrita en dicha entidad el 26 de octubre de 2018, por lo que, no sería coherente y por tanto tampoco congruente declarar el vínculo contractual con fecha anterior a dicha data, por no existir en el mundo jurídico, la persona jurídica convocada a juicio.

Se suma a lo anterior, que a folios 32 y 33, obran formularios de afiliación al sistema de seguridad social en salud y riesgos laborales; certificados de pago de salarios y aportes en línea allegados por la demandada y los cuales fueron realizados a favor de su ex empleador.

De cara a lo hasta aquí expuesto, oportuno resulta indicar para esta Sala que entre las partes efectivamente existió una relación de carácter laboral, pues así se encuentra acreditado con la copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes y adicional a ello, la demandada, a la hora de contestar el petitum y rendir el correspondiente interrogatorio de parte, aceptó en forma expresa la existencia del vínculo contractual, aunque en interregnos de tiempo diferentes a los señalados por el demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por otro lado, tampoco se pasa inadvertido, que conforme a la certificación allegada a folio 34 del cartulario, el demandante prestó sus servicios en la empresa Ruíz Moreno y Cia S en C., desde el 8 de enero de 2015 hasta el 30 de octubre de 2018, sin que se demostrara que hubo una coexistencia de contratos laborales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo.

Motivo por el cual, a la Sala no le queda otra alternativa que declarar como extremo inicial del contrato laboral entre José Alfonso Vanegas y la empresa Inversiones Lyar S.A.S., desde el 1 de noviembre de 2018.

En lo atinente a la fecha de desvinculación, las partes no muestran oposición alguna en que esta acaeció el 3 de agosto de 2019, por lo que se tendrá como fecha de terminación del contrato la data antes relacionada.

Respecto al salario, de acuerdo al contrato de trabajo, recibos de pago y planillas de pago de aportes al sistema de seguridad social, se tiene que el actor, devengaba el salario mínimo legal mensual vigente.

Consecuencia de lo anterior, se declarará la existencia del contrato de trabajo desde el 1 de noviembre de 2018 hasta el 3 de agosto de 2019, el cual estuvo regido por un contrato de trabajo a término indefinido; devengando un mínimo legal mensual vigente para el año 2018 y subsiguiente.

DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Establecida como quedo la relación laboral, los extremos y los salarios devengados, preciso se torna estudiar, respecto al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales al considerar en el introductorio que no le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

fueron pagadas, para lo cual, se procede al estudio de las mismas de la siguiente manera:

AUXILIO DE TRANSPORTE

El pago por concepto de auxilio de transporte, se encuentra reglado en el la Ley 15 de 1959, que en su artículo 2, estipula un beneficio a los trabajadores que deban trasladarse de su residencia a su sitio de trabajo y que devenguen hasta 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el sub lite, se reclama el reconocimiento de este beneficio, sin embargo, de los interrogatorios rendidos por las partes, se concluye que el demandante vivía a media cuadra de su sitio de trabajo y en tal sentido, no requería sufragar dinero alguno para trasladarse a la empresa Inversiones Lyar S.A.S., como lo ha dejado sentado nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia, 20232 del 27 de junio de 2003, Magistrado Ponente, Doctor, Luis Gonzalo Toro.

Luego entonces, la demandada no estaba obligada a pagar tal emolumento y por ende, este concepto, tampoco se tendrá en cuenta a la hora de liquidar las prestaciones sociales reclamadas.

CESANTÍAS.

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)



Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año (Art. 253 CST).

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2018	\$ 781.242	\$ 0,00	\$ 781.242	60	\$ 130.207,00
2019	\$ 828.116	\$ 0,00	\$ 828.116	212	\$ 487.668,31
Total Auxilio de cesantías					\$ 617.875,31

En el sub lite, se corrobora que la consignación de las cesantías causadas por el año 2018 a Porvenir S.A., se encuentra ajustada a derecho; en lo atinente al año 2019, al fenecer la relación laboral el 3 de agosto de 2019, la demandada debía pagar directamente esta prestación al trabajador, encontrando la Sala que la demandada reconoció en debida forma este concepto en la liquidación final de prestaciones sociales.

INTERESES A LAS CESANTÍAS

Los intereses a las cesantías se entronizaron en la legislación colombiana mediante la Ley 52 de 1975, y deben ser liquidadas con el 12% sobre saldos de cesantías que se tengan al 31 de diciembre de cada año calendario, o el 1% mensual cuando son anticipados, ello es, por retiro parcial o renuncia, con el deber por parte del empleador de entregarlas al trabajador en enero de cada año, efectuadas las operaciones de rigor se tiene que al demandante le fue reconocida en debida forma este concepto.



PRIMA DE SERVICIOS

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST).

Prima de servicios				
Prima causada	Salario	Auxilio de transporte	Total (salario + auxilio de transporte)	Valor prima
2018	\$ 781.242	\$ 0,00	\$ 781.242	\$ 130.207
2019	\$ 828.116	\$ 0,00	\$ 828.116	\$ 487.668,31
Total Prima de servicio				\$ 617.875,31

Una vez realizadas las operaciones aritméticas y verificadas las documentales allegadas a folio 88, 89 y 80, encuentra la Sala que por este concepto la demandada no adeuda suma alguna al ex trabajador.

COMPENSACIÓN EN DINERO POR CONCEPTO DE VACACIONES

Conforme a lo establecido por el artículo 186 del C.S.T., las vacaciones son un descanso remunerado a que tiene derecho todo trabajador, el cual las puede disfrutar durante la ejecución del contrato y si no lo hace puede solicitar su compensación en dinero que se liquidaran con el último salario devengado. Para tal efecto, las mismas se liquidan en cuantía de **\$63.954**.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SANCIÓN MORATORIA – ARTÍCULO 65 CST.

La acreencia laboral que debate la pasiva se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«El reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»*. Criterio reiterado en sentencia de casación del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que en ejercicio de las funciones pedagógicas encargadas, indicó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*

De igual manera, ha advertido la Alta Corporación que con el propósito de establecer si la pasiva ha desplegado actuaciones enmarcadas bajo los principios de buena o mala fe, dicho aspecto debe ser analizado para la calenda de fenecimiento del vínculo contractual y no en atención a sucesos posteriores; postura expuesta en SL 16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En el presente asunto, y teniendo en cuenta lo probado en el devenir del proceso, no encuentra esta Sala de Decisión comportamiento malicioso por parte de la demandada Inversiones Lyar S.A.S., tendiente a desconocer los derechos laborales del aquí demandante, pues nótese, que afilió al trabajador al sistema de seguridad social; realizó la consignación de las cesantías causadas en el año 2018 y pagó las causadas en el 2019 mediante depósito judicial, junto con las demás pretensiones en forma celeré, ante la negativa del demandante a recibir su liquidación final y a pesar de que, éste se rehúse a reclamarlas al creer que este es un trámite engorroso y que invierte más dinero en dichas diligencias, esto ya es un asunto ajeno y por ende se escapa de la órbita de la demandada, ya que esta cumplió con su deber legal de ponerlas a disposición de autoridad judicial.

En tal sentido se encuentra acreditada en forma palmaria para esta Corporación, la no existencia de una mala fe por parte del extremo pasivo, por lo que, habrá de absolverse por este concepto al extremo de la litis.

INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA

Bien es sabido por la Jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral que es al trabajador a quien le corresponde probar el hecho del despido, y al empleador la justa causa que alega para dar por terminado el vínculo, tal como se señaló en la sentencia SL15094-2015, con base en este razonamiento jurídico, se tiene que la empresa demandada dio por terminada la relación laboral por los constantes llamados de atención efectuados al demandante y el bajo rendimiento en las funciones asignadas (fls. 81).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

El numeral 8° literal b) del art. 62-63 CST establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”*.

Por otro lado, debe rememorar lo dispuesto por nuestra H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en lo atinente a las condiciones que deben concurrir cuando el empleador decide echar mano de la facultad establecida en la ley, para dar por terminado el contrato de trabajo, en sentencia SL2351-2020.

«Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

- a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos³.*
- b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.*
- c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;*
- d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.*
- e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, que además, se reitera en la sentencia SL4424-2020, advierte la Sala que la justeza del despido se encuentra ligada al cumplimiento de una serie de garantías, que permitan al trabajador no solo conocer los hechos que rodean su despido, sino también tener la oportunidad de pronunciarse sobre ellos, para lo cual no existe fórmulas sacramentales.

Descendiendo al caso objeto de estudio y conforme a los derroteros expuestos, se debe traer a colación lo dispuesto en la carta de terminación del contrato de trabajo, obrante a folio 81 del cartulario, en el que, informa al trabajador que:

«... Por medio de la presente le informamos que ocasiones anteriores se le ha llamado la atención debido a su bajo rendimiento en el trabajo e hizo caso omiso a estos llamados de atención, la empresa ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo, sin embargo a los constantes llamados de atención verbales la compañía le paga la indemnización....»

De los argumentos esgrimidos, se infiere que, la conducta alegada por el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo obedeció a las continuas quejas y llamados de atención efectuados a éste respecto a su desempeño laboral y por ende la prestación del servicio que desarrollaba.

En la cláusula al verificar la cláusula 7ª del contrato de trabajo se tiene que entre las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo el que *«Son justa causa para dar por terminado unilateralmente este contrato, por cualquiera de las partes, las enumeradas en el Art. 62 del C.S.T. modificado por el Art 7° del decreto 2351/65 y demás, por parte de EL EMPLEADOR, las faltas que para el efecto se califiquen como graves en reglamento, manuales, instructivos y demás documentos que contentan reglamentaciones, ordenes, instrucciones o prohibiciones de carácter general o particular, pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales y las que expresamente convengan calificar así en escritos que formaran parte integral del*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

presente contrato Expresamente se califican en este acto como faltas graves, la violación a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la cláusula primera del presente contrato...», supuestos de facto que fueron invocados en la carta de despido vista a folio 81 de las diligencias.

A folio 78 del cartapacio procesal reposa memorando fechado 23 de marzo de 2019 dirigido al accionante, en el que se le efectúa un llamado de atención debido a las *“repetidas quejas que han llegado con respecto a su atención en la portería, las cuales están afectando la imagen de la empresa...”*.

En el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la empresa Inversiones Lyar S.A.S., ésta es clara en informar que ante la última queja o inconformidad informada verbalmente a ella, ésta, decidió terminar el vínculo laboral en forma inmediata, sin escuchar las explicaciones que pudo tener el demandante frente a la situación acaecida el 3 de agosto de 2019.

Lo indicado por la representante legal, se corrobora con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, quien informa, que le fueron realizados varios llamados de atención, en forma precedente a la terminación del vínculo contractual, pero que el día de la terminación del vínculo contractual no se le escuchó, ni se le llamó la atención, solamente, le dieron por terminado el contrato.

Analizado lo anterior, considera esta Sala de decisión que le asiste razón al demandante, en cuanto a que debe reconocerse la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 de CST, por los siguientes argumentos, como bien se puede establecer, al demandante le fue realizado un único llamado de atención por escrito, siendo este de marzo de 2019, es decir, de cinco meses anteriores a la terminación del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

vínculo contractual; adicional a ello, las posibles falencias o equívocos del ex trabajador en la ejecución de su contrato de trabajo, fueron verbales, sin que se tenga certeza de las fechas en que estos fueron realizados, con el fin de establecer la inmediatez, en la conducta y la decisión de finiquitar el contrato con justa causa; por otro lado, la representante legal no informa en su declaración respecto al motivo o falencia del ex trabajador para finiquitar el contrato en agosto de 2019.

Así las cosas, procede el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, tomando como salario mínimo legal mensual vigente para el año 2019, arrojando como valor por este concepto, la suma de \$828.116 que equivale a 9 meses y 2 días laborados a favor de la accionada, por haberse suscrito entre las partes un contrato a término indefinido.

Sin embargo, no pasa inadvertido esta Colegiatura, que este concepto fue reconocido por la empresa Inversiones Lyar S.A.S., a la hora de efectuar la liquidación final de prestaciones sociales al demandante, por lo que, este concepto fue pago en forma completa y por ello, tampoco procede orden de pago por este ítem.

EXCEPCIONES

Dados los argumentos expuestos en forma precedente, considera esta Sala pertinente, declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación, al encontrarse acreditado el pago de prestaciones sociales, indemnización por terminación del contrato sin justa causa a favor del demandante, durante la relación laboral prestada con la empresa Inversiones Lyar S.A.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En consecuencia, se confirmará la sentencia analizada por esta Colegiatura en el Grado Jurisdiccional de Consulta.

COSTAS: Confirmar las costas impuestas por el A quo. Sin costas en este grado jurisdiccional.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, la Sala de decisión resuelve

RESUELVE

PRIMERO – ADICIONAR la sentencia proferida el 4 de marzo de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de esta ciudad el pasado 4 de marzo de 2021, en el sentido de **DECLARAR** la existencia del contrato de trabajo, entre **JOSÉ ALFONSO VANEGAS** y la empresa **INVERSIONES LYAR S.A.S.**, desde el trabajo desde el 1 de noviembre de 2018 hasta el 3 de agosto de 2019, el cual estuvo regido por un contrato de trabajo a término indefinido, devengando un salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada **INVERSIONES LYAR S.A.S.**, a pagar a favor de **JOSÉ ALFONSO VANEGAS**, la suma de sesenta y tres mil novecientos cincuenta y cuatro pesos (\$63.954), por concepto de compensación de vacaciones.

TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

CUARTO. COSTAS Se confirman las costas de primera instancia. Sin costas en este grado jurisdiccional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CAMILO CETINA PÉREZ** contra la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, Y LA **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de mayo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.
2. Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
3. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES** identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a sustitución conferida mediante correo electrónico.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

SENTENCIA

DEMANDA: El señor CAMILO CETINA PÉREZ solicita se declare que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ debe ordenar emitir y cancelar el bono pensional para que le sea realizada la indemnización sustitutiva;; que el bono debe ser pagado al demandante o por intermedio de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones; que se debe ordenar el pago del bono debidamente indexado; condenar al pago de perjuicios morales a las convocadas a juicio.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 39 a 41, que en síntesis advierten, que nació el 8 de diciembre de 1950; que trabajó en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá por el interregno del 3 de diciembre de 1968 al 31 de enero de 1977 como trabajador oficial; que efectuó cotizaciones al extinguido Instituto de Seguros Sociales entre 1987 y 1992; que solicitó la pensión de vejez pero esta fue negada y en su lugar se ordenó la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

devolución de aportes; que en el reconocimiento dinerario no se tuvo en cuenta el tiempo prestado como trabajador oficial; que el 23 de agosto de 2017 presentó ante la Empresa de Acueducto y Colpensiones la correspondiente reclamación administrativa; que al no recibir una respuesta favorable incoó acción de tutela la cual fue resuelta en forma desfavorable; que actualmente no se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en pensiones; la Empresa de Acueducto no niega el derecho al pago del bono pensional pero niega el pago; que Colpensiones aduce que el demandante no se encuentra afiliado a dicho ente de seguridad social.

CONTESTACIÓN: La demandada, **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el demandante estuvo vinculado a la entidad con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 y por ello no es procedente relacionar la desvinculación con el sistema; que el pago del bono pensional se realizará a la entidad de seguridad social que se encuentre afiliado el actor. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los de; prescripción, falta de título y causa para pedir, inexistencia de la obligación y buena fe (fl. 49).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, ni se opuso ni se allanó a las pretensiones, al estimar que, el reconocimiento que se realice dependerá de las pruebas recaudadas en el proceso. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad, innominada o genérica (fl. 75).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2021, resolvió; **condenó** a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Agua de Bogotá a liquidar, reconocer y pagar al demandante la indemnización sustitutiva de pensión de vejez causada desde el 3 de diciembre de 1968 al 31 de enero de 1977; **absolvió** a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas; **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación a favor de Colpensiones; **condenó** en costas a la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y a favor del demandante, y al demandante a pagar costas a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Para el juzgado, entonces es muy claro que en este debate, pues es a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado y Agua de Bogotá, empresa de Servicios públicos a la que le corresponde liquidar y pagar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez al señor demandante, Camilo Cetina Pérez y por lo tanto, en ese sentido han de acogerse las pretensiones.

Es claro que este es el supuesto que habla la jurisprudencia que se acaba de citar, porque la empresa de acueducto y alcantarillado no había traspasado ese riesgo pensional a una entidad de seguridad social, a una caja pública o privada como fuera el Instituto de Seguros Sociales u otra, Cajanal, o la que correspondiera y desde ese punto de vista corresponde a ella misma reconocer y pagar la indemnización sustitutiva a la que hemos hecho referencia, no sería tampoco acorde con la lógica que imperan las actuaciones en lo que tiene que ver con el sistema de seguridad social el que el señor demandante encontrándose actualmente desafiliado de alguna caja, de cualquier caja pública de pensiones, ordenar una afiliación o figura similar con el objeto de que la empresa traspasara un bono y que con base en ese bono la empresa o mejor la entidad de seguridad social le liquidara y pagara la indemnización sustitutiva, cuando es claro que en este caso y como ya claramente lo ha decantado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, corresponde directamente, ese reconocimiento y pago a la entidad pública donde prestó los servicios el ex servidor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Entonces, sin que sean necesarias mayores elucubraciones, el juzgado ha de condenar a la demandada, Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, empresa de servicios públicos, para que liquide y pague la indemnización sustitutiva de pensión de vejez en favor del demandante, señor, Camilo Cetina Pérez por los tiempos de servicio público que van comprendidos desde el 3 de diciembre de 1968 hasta el 31 de enero de 1977, para lo cual deberá efectuar la liquidación correspondiente, acudiendo a lo certificado en este proceso, en el Certificado No. 971 del 25 de agosto de 2017 contentivo de los formatos 1, 2 y 3B para los efectos de bono pensional, reconocimiento de derechos pensionales y siguiendo las preceptivas del Decreto 1730 de 2001 y 4640 del año 2005...” (1:12)

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte demandada, manifiesta su oposición a la sentencia proferida por el A quo, argumentando para tal efecto que, se debe revocar la sentencia y en su lugar absolver a la entidad, respecto a la orden de efectuar el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión directamente al demandante, ya que, la responsabilidad de la entidad era la de expedir el certificado para bono pensional con el fin de que el pago se hiciera el pago a través del ente de seguridad social, conforme a lo dispuesto en los Decretos 1730 de 2001 y 4640 del 2005; que la entidad pagará el bono cuando Colpensiones requiera dicho dinero, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, normatividad aplicable para los trabajadores oficiales y en la que no se dice o regula sobre el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión. La empresa no puede reconocer directamente la indemnización al demandante.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a través de su apoderada judicial solicita se absuelva a la entidad de las pretensiones de condena, al considerar que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no registra en la historia laboral del actor afiliación alguna entre el 3 de diciembre de 1968 y el 31 de enero de 1977; que es en el empleador que recae la responsabilidad por no afiliar a su trabajador; la entidad efectuó la devolución de aportes de acuerdo a las semanas cotizadas.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., reclama la revocatoria de la sentencia, al considerar que, la única responsable es Colpensiones; que la entidad pagará al RPM el valor de los aportes del demandante, una vez estos sean cobrados por Colpensiones; antes de la Ley 100 de 1993, no se contemplaba el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva; que la empresa no puede pagar la prestación directamente al trabajador, al ser dicho trámite restringido por la Ley.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

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

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el art. 4º de la ley 712 de 2001, conforme se desprende de la reclamación administrativa enviadas ante las encartadas por correo certificado el 3 de mayo de 2018 (fls 4 y 7).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROBLEMA JURÍDICO

Acorde con lo reglado en los artículos 66 del C.P.T., y de la S.S., procede esta Sala de Decisión a determinar si le asiste al demandante el derecho a que se le sea reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Esta Sala de Decisión procede a resolver el *sub judice* puesto en su conocimiento, para lo cual juzga conveniente recordar la conceptualización estatuida respecto de la pretensión pensional, para entendimiento de las partes procesales, la cual fue reglada por el legislador en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, al disponer:

«ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado».

Norma reglamentada por el Decreto 1730 de 2001, que en sus artículos 1º y 4º estipula que:

«ARTÍCULO 1º. CAUSACIÓN DEL DERECHO. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

- a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;
(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ARTÍCULO 4o. REQUISITOS. *Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando»*

Del anterior contexto normativo se extrae que, la indemnización sustitutiva, tal como su nombre lo indica, busca suplir el frustrado reconocimiento de la pensión de vejez, devolviendo las sumas pagadas parcial y anticipadamente a título de aportes pensionales, dada la falta de cumplimiento de los requisitos legales, para el caso de autos, la densidad de semanas cotizadas.

Parafraseando al Doctor Eduardo López Villegas en su libro “*Seguridad Social Teoría Crítica*”, la cobertura del régimen contributivo al riesgo de vejez se ofrece a quien contribuye de manera suficiente, según períodos de carencia estipulados para cada forma de protección y, quienes no alcanzan la cuota de aportes mínimos quedan por fuera del amparo que les proporciona el acceder de manera vitalicia a una mesada pensional, que es la forma ordinaria de protección, tiene derecho a percibir por una sola vez una suma que se llama en el régimen de prima media con prestación definida indemnización sustitutiva, y en el ahorro individual “*devolución de saldos*”.

Así las cosas, como el art. 37 de la Ley 100 de 1993 establece que si el afiliado habiendo cumplido la edad de pensión, no ha cotizado el mínimo de semanas exigidas por la Ley y señala su imposibilidad de seguir cotizando, tendrá derecho a percibir una indemnización sustitutiva.

En lo atinente a este punto, debe recordarse que, en el sub lite, deben estudiarse la procedencia del reconocimiento de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

indemnización sustitutiva, a la luz de dicha preceptiva legal, en aplicación al carácter retrospectivo de la norma², al no existir régimen de transición frente a la prestación pretendida.

En tema similar se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación en sentencia SL 1419 del 2018, Radicación 47095 del 16 de mayo de 2018, Magistrado Ponente, Doctor, Rigoberto Echeverri Bueno;

*“..4. Por otra parte, en el análisis del reconocimiento de la prestación pedida, debía tenerse en cuenta que la propia Ley 100 de 1993, en el literal f) de su artículo 13, reconoce que «...para el reconocimiento **de las pensiones y prestaciones contempladas** en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las **semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley**, al Instituto de Seguros Sociales **o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado**, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.» (Resalta la Sala).*

*En igual dirección, el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001 dispone claramente que «...**cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador**, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado...» y que «...para determinar el monto de la indemnización sustitutiva **se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.**» (Resalta la Sala).*

En este caso, de acuerdo con el documento obrante a folios 6 a 8, los periodos servidos por el actor habían sido cotizados a la Caja Nacional de Previsión Social y, por lo mismo, representaban cotizaciones anteriores a la Ley 100 de 1993, efectuadas a una caja pública, de manera que estaban expresamente aceptadas por la norma para efectos del reconocimiento de pensiones o «...prestaciones...», como la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Así también lo ha considerado la Sala incluso respecto de tiempos públicos no cotizados, en decisiones como la CSJ SL, 15 mar. 2007, rad. 28503...”

² Sentencia CSJ SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Magistrado Ponente Doctor, Rigoberto Echeverri Bueno



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Colofón de lo anterior, debe puntualizarse que el demandante manifestó su imposibilidad de seguir cotizando al régimen de seguridad social en septiembre de 2014, conforme a lo exteriorizado en Resolución No. GNR 436556 del 23 de diciembre de 2014 proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1993 (CD Folio 85 GEN-ANE-CM-2017_122247014-20171125115113).

De acuerdo a la historia laboral allegada al haz probatorio, se tiene que Camilo Cetina Pérez cotizó al sistema de seguridad social administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hasta el 31 diciembre de 1992, por lo que, su afiliación no se encuentra anulada, ni cancelada, sino en un estado *inactivo*, tal y como se contempla en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 “*La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. **Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones***” (resaltado de la sala).

Así las cosas, el hecho de haberse reconocido en forma previa una indemnización sustitutiva de la pensión por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, ello no es óbice para que se desconozcan los períodos laborados por el actor ante la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, desde el 3 de diciembre de 1968 hasta el 31 de enero de 1977.

Dicho lo precedente, al no presentarse debate respecto a la condición de beneficiario del demandante de la indemnización sustitutiva, y centrándose únicamente el dislate jurídico en lo referente al reconocimiento directo de tal prestación a Camilo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Cetina Pérez, deberá esta Colegiatura modificar la decisión adoptada por el A quo, en el sentido, de ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que proceda a cobrar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá el bono pensional causado a favor de Camilo Cetina Pérez por el tiempo laborado en dicha entidad por el interregno del 3 de diciembre de 1968 y el 31 de enero de 1977³, una vez quede ejecutoriada la presente providencia, tendrá el término de un mes, para presentar el respectivo cobro a la EAAB.

Como la Empresa de Acueducto y Alcantarillado alegó en la contestación de la demanda y en la respectiva apelación que, dicho concepto no había sido pagado, por cuanto no fue cobrado por el ente de seguridad social, se ordenará en la presente providencia a que realice todos los trámites administrativos tendientes a que se pague el bono pensional a favor del demandante, en los términos señalados en el artículo 7 del Decreto 3798 de 2003.

Una vez sea efectuado el pago del bono pensional al ente de seguridad social, la Empresa de Acueducto deberá comunicar sin dilación alguna a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y al señor Camilo Cetina Pérez de tal diligencia.

A su turno, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones deberá reconocer la indemnización sustitutiva a favor del demandante, dentro del término contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, aplicando para tal efecto, las disposiciones previstas en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, el cual estableció la fórmula

³ Sentencia SL5147-2020, Radicación No. 73581 del 21 de octubre de 2020, Magistrado Ponente, Doctor, Iván Mauricio Lenis Gómez



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que debe aplicarse al momento de liquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y para tal efecto dispuso que «Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula», a saber, $I = SBC \times SC \times PPC$, que comporta los siguientes conceptos; i) SBC atañe al salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE, ii) SC corresponde a la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, y iii) PPC al promedio ponderado de porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

Se advierte que en esta instancia no es posible fijar el *quantum* de la indemnización al no tenerse certeza sobre el monto del bono pensional que girará la empresa de acueducto a Colpensiones, por concepto de servicios prestados por el ex trabajador.

COSTAS.

En esta instancia no se imponen costas, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2021, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a que cobre a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**, el bono pensional causado a favor de Camilo Cetina Pérez, por el interregno del 3 de diciembre de 1968 al 31 de enero de 1977.

SEGUNDO. ORDENAR a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ** que efectúe todos los trámites administrativos tendientes a pagar el bono pensional a favor del señor **CAMILO CETINA PÉREZ** en la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos estipulados en el Decreto 3798 de 2003.

TERCERO. ORDENAR a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**, que una vez efectúe el pago del bono pensional, comunique a **COLPENSIONES** y al señor **CAMILO CETINA PÉREZ** de dicho trámite.

CUARTO. ORDENAR a **COLPENSIONES** para que proceda a reconocer la indemnización sustitutiva a **CAMILO CETINA PÉREZ**, conforme a los lineamientos y términos dispuestos en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: COSTAS: En esta instancia no se imponen costas dadas las resultas del recurso de alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MELBA FANNY FERNÁNDEZ VARGAS** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de mayo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **MICHAEL CORTAZAR CAMELO** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.435.292 de Bogotá y tarjeta profesional 289.256 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a sustitución conferida mediante correo electrónico del 7 de diciembre de 2021.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

SENTENCIA

DEMANDA: La señora MELBA FANNY GERNÁNDEZ VARGAS solicita se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la devolución de aportes, contenida en el artículo 66 de la Ley 10 de 1993; que el Ministerio de Hacienda debe reconocer y tramitar bono pensional por los períodos cotizados a través del hoy Colpensiones; que se declare que Protección Pensiones y Cesantías debe reconocer los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos y el bono pensional por períodos cotizados al régimen de prima media.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se debe condenar al Ministerio de Hacienda a reconocer y tramitar el bono pensional a su favor y debidamente indexada; se condene a Protección Pensiones y Cesantías a reconocer y pagar la devolución de aportes contemplada en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, junto con los rendimientos financieros; que el Ministerio y Protección debe pagar intereses



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

comerciales sobre la devolución de aportes; que se condene a las demandadas a pagar costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 y 91 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 25 de agosto de 1946; que prestó sus servicios como docente de orden nacional desde el 20 de abril de 1976 y 25 de agosto de 2001; que presentó solicitud de reconocimiento pensional ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 6 de septiembre de 2001; que mediante Resolución No. 000444 del 5 de febrero de 2002 fue resuelto el pedimento en forma favorable y causando el derecho a partir del 25 de agosto de 2001; que fue afiliada como trabajadora dependiente el 5 de septiembre de 1984; que el 13 de septiembre de 1999 se trasladó a la AFP Santander hoy Protección; que la demandante no cuenta con el capital acumulado para que le fuera reconocida la pensión; que la AFP Santander le informó sobre el reconocimiento prestacional y ordena el pago de \$5.934.301 por 223,14 aún cuando cotizó 366,29 semanas, más de las reconocidas por el RAIS; que el 22 de agosto de 2003 reclamó al fondo las semanas cotizadas; que el fondo pensional negó el pedimento, argumentando que el Ministerio de Hacienda había negado la expedición del bono tipo A; que el 22 de abril de 2016 solicitó el expediente administrativo y al no obtenerse respuesta se presentó acción de tutela; el 16 de mayo de 2016 recibió historia laboral.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que ya efectuó la devolución de aportes a la demandante y tampoco está autorizada para expedir bonos pensionales. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los de; cobro de lo no debido; prescripción; buena fe y compensación (fl. 124).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, ya que la entidad no funge como administradora de pensiones; adicionalmente, el Fondo de Prestaciones del Magisterio le reconoció a la demandante una pensión de jubilación y no se puede devengar dos asignaciones provenientes del tesoro público (FL. 229).

Fue integrada al contradictorio la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, quien no se opuso ni se allanó a las pretensiones, dado que lo pretendido por la actora se encontraba afiliada al RAIS. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación en cabeza de Colpensiones y/o falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; prescripción y la innominada o genérica (fl. 266).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 17 de noviembre de 2020, resolvió; **condenar** al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir, liquidar y redimir el bono pensional de la actora por las cotizaciones realizadas a Colpensiones con el sector privado en la cuenta de ahorro individual en la AFP Protección; **declaró** probadas las excepciones propuestas por Colpensiones; **absolvió** a las demandadas de las demás excepciones; se **abstuvo** de imponer condena en costas; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Contrariamente a lo manifestado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 al tener el status de docente oficial y encontrarse excluido del sistema integral de seguridad social, la demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de jubilación oficial y simultáneamente laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional tal y como lo ha venido estudiando la doctrina del precedente vertical...

...

En este caso era posible permitir o emitir, más bien el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez con las cotizaciones que pretenden sean o ser compensadas a través del mismo, fueron realizadas al Instituto de Seguros Sociales por servicios prestados por la demandante a Instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que en todo caso eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial...

Es claro para el Despacho que el Ministerio de Hacienda incurrió en una omisión, razón por la cual se le condenará a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir, liquidar y redimir el bono pensional de la demandante por las cotizaciones realizadas al otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones con el sector privado, depositando el mismo en la cuenta de ahorro individual que posee la demandante en el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A..." (42:24)

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al ser interpretada en forma errónea la norma, ya que no es procedente emitir el bono pensional a favor de la demandante al no ser válida la afiliación al régimen de ahorro individual, por estar la actora afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y por tanto está excluido del sistema, máxime que le fue reconocida una pensión de jubilación; que los docentes oficiales no se les podía aplicar la Ley 100 de 1993; que se desconoció el Decreto 692 de 1994 en el artículo 31 y por ello, debía cotizar al Fondo de Prestaciones Sociales; que solo hasta el año 2005 se reglamentó el régimen prestacional de expidió el Ley 812 de 2013; la devolución de saldos no se financia con bono pensional al ser incompatible con la pensión reconocida por el Fomag; que se debe ordenar a Colpensiones que remita los aportes efectuados por el demandante a dicho ente de seguridad social; que se debe adicionar la sentencia en el sentido de condenar a la AFP para que efectúe los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

trámites ante el Ministerio de Hacienda para efectuar la liquidación provisional, para que esta sea aprobada por el demandante, dentro del término de 3 meses contemplado en la norma.” (59:53).

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a través de apoderado judicial informa que carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que las pretensiones incoadas son dirigidas en forma exclusiva contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que el único facultado para expedir el bono pensional a favor de la demandante es el ente ministerial; que no se alega una inconsistencia frente a las semanas de cotización sino respecto a la negativa de elaborar el bono pensional, y se debe absolver a la entidad.

La demandada **AFP Protección S.A.**, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, ya que la expedición del bono se encuentra en cabeza del Ministerio de Hacienda y no sobre la administradora de pensiones; que al no cumplir la demandante con las semanas exigidas para obtener la pensión, el RAIS, le ordenó pagar la devolución de saldos; que Protección presentó ante el ente ministerial solicitud de bono pensional la cual fue desfavorable y por ello, no es una acción imputable a la administradora.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 73 la petición radicada por la demandante en las dependencias del Ministerio de Hacienda, solicitando la expedición del bono pensional.

El recurso de apelación interpuesto por la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66 A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Y se conocerá en consulta en su favor en lo que le haya sido desfavorable de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos que centran la atención de la Sala consisten en establecer si es procedente ordenar el reconocimiento y expedición de bono pensional a favor de la demandante, en caso de ser afirmativa esta premisa, deberá establecerse quien está en la obligación de expedir el enunciado título; por otro lado, se deberá establecer si el bono tipo A reconocido por el Juzgado a favor de la actora es incompatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; si se debe ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a Protección hoy Porvenir lo concerniente a aportes pensionales efectuados por la actora como afiliada dependiente del sector privado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DE LA CALIDAD DE PENSIONADA

Se encuentra probado dentro del proceso que mediante Resolución 000444 del 5 de febrero de 2002 el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a favor de la demandante una pensión de jubilación por los servicios prestados como docente de orden nacional en la Secretaria de Educación de Bogotá, desde el 20 de abril de 1976; la enuncia prestación fue reconocida a partir del 26 de agosto de 2001, en cuantía inicial de \$986.670 (fl. 30 y 31 anverso; 46).

Ahora bien, conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones, se observa que la actor se afilió al RPMPD administrado por el entonces ISS el 5° de septiembre de 1984, dentro del cual realizó sus aportes a través de distintos empleadores de naturaleza privada hasta el 30 de junio de 2001, completando un total de 366,43 semanas de cotización (fl. 10 y 272).

La demandante se trasladó al RAIS a través de la AFP Santander hoy PORVENIR S.A., a la cual se encuentra actualmente afiliada.

DE LA INCOMPATIBILIDAD ALEGADA ENTRE EL BONO PENSIONAL Y LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN RECONOCIDA A LA DEMANDANTE

En punto al problema jurídico relacionado con la incompatibilidad del bono pensional y la pensión de jubilación que le fue reconocida a la actora por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha de recordar la Sala lo que al respecto ha indicado de manera reiterada y pacífica la CSJ, entre otras en la sentencia SL2655 de 2018, según la cual el docente oficial al estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le resulta válido prestar sus



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

También indicó la Alta Corporación al rememorar la sentencia del 6 de diciembre del 2011, radicado 40848, que en virtud del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tienen la posibilidad de que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación, caso este en el cual, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

En ese orden, resalta la Corte que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que, al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Igualmente, indicó la CSJ que los reglamentos del ISS -a lo que hay que sumarle lo establecido en la Ley 100 de 1993- no restringen la posibilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, antes bien, de su contenido lo que se colige es que son afiliados forzosos al Sistema, de manera que sus empleadores se encuentran obligados a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

vincularlos y a sufragar los correspondientes aportes, hasta tanto permanezca vigente la relación laboral, por manera que no le asiste razón al Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuando indica que la afiliación del actor al RAIS no resulta válida.

También precisó la CSJ, específicamente en la sentencia SL2649-2020, en lo que se refiere a la incompatibilidad que en el presente caso alega la parte recurrente por infracción del artículo 121 de la Ley 100 de 1993 *“que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor”*.

Por tanto, concluyó que es posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, cuando las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo fueron realizadas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, en todo caso, son diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

REDENCIÓN DE BONOS PENSIONALES

En lo atinente a la redención de bonos pensionales, el Decreto 1299 de 1994 establece en su artículo 11, que para realizar dicho trámite, se debe cumplir uno de los requisitos contenidos en dicha preceptiva, los cuales no son otros que,

- “...1. Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional.*
- 2. Cuando se causen la pensión de invalidez o de sobrevivencia.*
- 3. Cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993....”*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En el sub lite tenemos que la señora Melba Fanny Fernández Vargas al año 2017, contaba con 71 años de edad, luego entonces, se cumplió con el primero de los requisitos para solicitar la emisión del enunciado bono pensional, colofón de las disposiciones contenidas en el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, en lo atinente al cumplimiento de los 60 años (mujeres) para la expedición del enunciado bono.

Adicional a los argumentos esgrimidos, tampoco se pasa por alto que, la demandante solicitó ante el fondo de Pensiones del RAIS, la devolución de aportes, dado que no contaba con los aportes necesarios para que le fuera reconocida una pensión de vejez en dicho régimen y conforme a ello, el ente de seguridad social le reconoció y ordenó devolver los aportes realizados al sistema, correspondientes a 223,14 semanas de cotización, cumpliéndose también el tercer requisito para redimir el bono pensional, es decir, presentar la solicitud de devolución de saldos.

Corolario a lo anterior, de la historia laboral allegada se verifica con plena certeza que las semanas cotizadas por la demandante hasta el año 2001, no son suficientes para obtener una pensión de vejez, ya que estas solo llega a las 366,29 a dicha data, ya que a partir de dicha fecha, no se han realizado aportes adicionales a su cuenta individual. Tampoco se pasa inadvertido que el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, reguló lo referente a los bonos pensionales, estableciendo en forma clara que;

“...La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales...”

Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha...”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así las cosas, los aportes realizados por la demandante con anterioridad al 1 de abril de 1994, deben reconocerse por parte de la Nación, dada la imposibilidad para seguir cotizando por parte de la ex trabajadora y así obtener una pensión de vejez.

Lo anterior, fue igualmente señalado por la CSJ en la sentencia SL451-2013, en la que adoctrinó:

“En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.”

En ese orden, encuentra la Sala que en las decisiones citadas con anterioridad (SL SL2649-2020 y SL451-2013), en las que se dilucidaron casos similares al aquí planteado, pues los demandantes pretendieron el reconocimiento del bono pensional que les fue negado por sus condiciones de pensionados del FOMAG, la CSJ ha definido de manera clara la compatibilidad del mismo y la pensión de jubilación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

adquirida como docente del Magisterio, siendo preciso advertir que la Sala no encuentra ninguna razón atendible para apartarse de dicho precedente, por lo que considera que acertó el fallador de primera instancia al ordenar el Ministerio demandado el reconocimiento del bono pensional a favor de la actora, sobre todo porque el mismo resulta procedente por cotizaciones realizadas al entonces ISS antes de trasladarse al RAIS, a través de empleadores de naturaleza privada que claramente no fueron consideradas para el reconocimiento de su pensión de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

APLICACIÓN DE LA LEY 812 DE 2003

En lo relativo a la aplicabilidad de la Ley 812 de 2003, publicada en el Diario Oficial No. 45.231, del 27 de junio de 2003, normativa que aprobó el Plan Nacional de Desarrollo y en el que, se estableció,

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 ”.

De la normativa puesta a consideración de la Sala, se enrostra un condicionamiento, que no es otro que, la vinculación al magisterio a partir del año 2003, situación que no acontece en el *sub examine*, dado que, la demandante fue vinculada como docente en el año 1976 y los aportes efectuados al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones fueron realizados a partir de 1984 hasta el año 2001.

Luego entonces, en lo atinente a este reproche, el mismo no saldrá



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

avante en esta instancia, al ser dilucidado este punto, por nuestra H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, M.P. Doctor, Martín Emilio Beltrán Quintero, el 20 de abril de 2021, en sentencia SL1557-2021, Número de Proceso, 82916.

TÉRMINO PARA EMITIR EL BONO PENSIONAL.

Respeto a la solicitud de adicionar la sentencia en el sentido de condenar a la AFP para que efectúe los trámites ante el Ministerio de Hacienda para efectuar la liquidación provisional del bono pensional, debe precisar esta Colegiatura que, la actora presentó los documentos pertinentes ante la AFP a la que se encuentra afiliada, con el fin de que esta, pudiera gestionar el bono pensional ante el Ministerio, tal como lo dispuso el Decreto 1513 de 1998, en su artículo 22.

A su turno la administradora de pensiones, solicitó la emisión del Bono Pensional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin embargo, la oficina de bonos pensionales de dicha entidad negó tal pedimento, al considerar que no era viable expedir el enunciado documento, dado que la actora se encontraba pensionada por el Fondo de Prestaciones del Magisterio.

Así las cosas, en el Ministerio de Hacienda ya reposan los documentos y certificaciones idóneas para realizar la liquidación provisional y remitir la información correspondiente al RAIS, para que este a su turno dé a conocer dichas operaciones aritméticas a la aquí demandante, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 7 del Decreto 3798 de 2003.

Consecuencia de lo anterior, se ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que proceda a efectuar la liquidación provisional y remitir la información a la AFP a la cual se encuentra afiliada la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demandante, sin la necesidad de la radicación de nuevos documentos, ya que, estos, se itera, ya reposan en los archivos de la entidad, esta decisión se adopta con el fin de dar trámite ágil y célere, y no hacer más engorroso el presente trámite.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción ha de destacarse que tal y como lo indicó la CSJ, entre otras, en la sentencia SL4879-2019, la devolución de saldos abarca las cotizaciones o aportaciones que hizo la afiliada a su cuenta de ahorro individual, con el fin de estructurar el capital para financiar su pensión de vejez, así como el bono pensional, lo cual se encuentra orgánicamente vinculado con la calidad de pensionado que precipita la imprescriptibilidad de la acción, por tanto carece de vocación de prosperidad de dicho medio exceptivo.

Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues las normas de la seguridad social establecen la responsabilidad de dicho ente a la hora de reconocer bonos pensionales por tiempos cotizados a entidades de seguridad social con anterioridad al 1 de abril de 1994.

COSTAS. En esta instancia se imponen a cargo de la demandada, Ministerio de Hacienda y Crédito Público dado el resultado de la alzada. Las mismas deberán ser liquidadas por la Secretaría del juez de conocimiento. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** a que proceda a realizar la liquidación provisional con la documental arrimada por la extinta AFP Santander y la cual fuera resuelta en forma negativa por la entidad.

TERCERO. COSTAS. En esta instancia se imponen costas a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ante la improsperidad del recurso de alzada. Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en la suma de \$300.000 pesos moneda corriente, para cada una de las entidades.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', is written over a large, stylized circular flourish.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL			
MAGISTRADO: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS			
RADICACION: 1100131050 2017 00008 01			
DEMANDANTE: NICOLAS GONZALEZ			
DEMANDADO: CAPRECOM EICE			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Realizar el cálculo de la liquidación de prestaciones sociales según instrucciones del despacho.			

Tabla Datos Generales de la Liquidación			
Extremos Laborales	Desde :	19-sep	2012
	Hasta:	27-jun	2014
Último Salario Devengado			

Tabla Salarial		
Año	Salario Mensual	Aux. Transp.
2012	\$ 1,792,549.00	\$ -
2013	\$ 1,792,549.00	\$ -
2014	\$ 1,792,549.00	\$ -

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2012					
Periodo de liquidación		Desde	19/09/2012	Hasta	31/12/2012
		Salario fijo mensual:		\$	1,792,549.00
		Auxilio transporte:		\$	-
		Factor Variable		\$	-
		Salario diario:		\$	59,751.63
		Días trabajados:			102
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 507,888.88	
360					
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 253,944.44	
720					
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2013					
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2013	Hasta	31/12/2013
		Salario fijo mensual:		\$	1,792,549.00
		Auxilio transporte:		\$	-
		Factor Variable		\$	-
		Salario diario:		\$	59,751.63
		Días trabajados:			360
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 1,792,549.00	
360					
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 896,274.50	
720					
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2014					
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2014	Hasta	27/06/2014
		Salario fijo mensual:		\$	1,792,549.00
		Auxilio transporte:		\$	-
		Factor Variable		\$	-
		Salario diario:		\$	59,751.63
		Días trabajados:			177
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 881,336.59	
360					
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 440,668.30	
720					

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	Cesantías	Intereses sobre	Prima de servicios	Vacaciones
2,012	\$ 507,888.88			\$ 253,944.44
2,013	\$ 1,792,549.00			\$ 896,274.50
2,014	\$ 881,336.59			\$ 440,668.30
Totales	\$ 3,181,774			\$ 1,590,887

Tabla Sanción por no Consignación de Cesantías Art. 99 Ley 50 de 1990				
Año	Periodo		No. Días de Sanción	Sanción
2012	16/02/2013	15/02/2014	360	\$ 59,751.63
2013	16/02/2014	27/06/2014	132	\$ 59,751.63
Total Indemnización por no pago cesantías				\$ 21,510,588.00

Tabla Indemnización por Despido Sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.				
Periodo		No. Días Sanción	Salario Diario	Sanción
Desde	Hasta			
28/06/2014	16/09/2014	81	\$ 59,751.63	\$ 4,839,882.30
Total indemnización				\$ 4,839,882.30



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

Tabla Sanción Moratoria - Dec. 797 de 1949				
Fecha Inicial	Fecha Final	No. Días	Sanción Moratoria Diaria	Total Sanción
27/09/2014	27/01/2017	840	\$ 59,751.63	\$ 50,191,369.20
Total Sanción Moratoria				\$ 50,191,369.20

Tabla Liquidación Crédito	
Auxilio Cesantías	\$ 3,181,774.48
Vacaciones	\$ 1,590,887.24
Indemnización por no consignación Cesantías - Art. 99 Ley 50 de 1990	\$ 21,510,588.00
Indemnización por despido sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.	\$ 4,839,882.30
Sanción Moratoria - Art. 65 C.S.T.	\$ 50,191,369.20
Total Liquidación	\$ 81,314,501.21

Fuente	
Observaciones	1. 2. La Presente liquidación se encuentra sujeta a modificaciones a solicitud del despacho

Fecha liquidación: miércoles, 19 de mayo de 2021 _____



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **NICOLÁS JESÚS GONZÁLEZ NARANJO** CONTRA LA **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN - FIDUPREVISORA LA PREVISORA S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de mayo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: NICOLÁS JESÚS GONZÁLEZ NARANJO a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 17 de septiembre de 2012 y el 27 de junio de 2014; que los servicios fueron prestados como trabajador oficial; que es beneficiario de la convención colectiva de 1997 y 1998 celebrada entre CAPRECOM EICE y SINTACAPRECOM; que el vínculo contractual terminó sin justa causa; que no le fueron reconocidas prestaciones sociales de orden legal y convencional entre el 17 de septiembre de 2012 y el 27 de junio de 2014, tales como cesantías, intereses sobre las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, vacaciones, prima legal de junio y diciembre legal y convencional; la prima de navidad, servicios, auxilio de transporte, prima de retiro, bonificación de recreación y aportes educativos, contenidos en la Convención Colectiva; prima de servicios y vacaciones legales; que no fueron cumplidas las obligaciones con el régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM – en Liquidación y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA como liquidador de la misma a pagar al demandante los derechos legales y convencionales, tales como cesantías, intereses sobre las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, vacaciones, prima legal de junio, prima de diciembre, navidad, prima de servicios, vacaciones, primas extralegales de vacaciones, auxilio convencional de transporte, prima convencional de retiro, bonificación de recreación, aportes educativos, devolución de pago de aportes realizados al sistema de seguridad social en salud y pensiones, devolución de dinero por concepto de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

descuentos realizados para la constitución de pólizas, indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; indemnización moratoria por no pago oportuno de derechos legales prevista en el Decreto 797 de 1949; indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo; indexación, derechos ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos advierte; que el demandante fue vinculado por intermedio de terceros contratistas; que prestó sus servicios por el interregno de un año, nueve meses, y 10 días; Caprecom EICE suscribió varios contratos de prestación de servicios con el actor desde el 17 de septiembre hasta el 27 de junio de 2014 para desempeñar el cargo de técnico administrativo, con asignación básica de \$1.792.549; que prestó sus servicios en las instalaciones de la entidad en esta ciudad, en forma continua; que era cumplido un horario de trabajo; que los jefes inmediatos era trabajadores directos de la entidad; a los trabajadores de Caprecom le eran reconocidas prestaciones extralegales; que SINTRACAPRECOM era un sindicato mayoritario; que no fueron reconocidas y pagadas vacaciones, prima de navidad, ni le fueron consignadas las cesantías, que no le fueron reconocidos ni pagados derechos convencionales; que se presentó reclamación administrativa el 15 de noviembre de 2016 (fl. 4 a 16).

CONTESTACIÓN: PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADO – Administrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A., al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la entidad no es sujeto procesal dentro de la litis y tampoco es sucesor procesal de Caprecom en liquidación hoy extinto; que se debían allegar los actos administrativos de nombramiento y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

desvinculación, dado que, lo celebrado fue un contrato de prestación de servicios y por ende no era posible condenar al pago de las prestaciones reconocidas. **Excepciones.** Como medios exceptivos propuso los de prescripción; inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad; inexistencia del derecho y de la obligación; pago; ausencia del vínculo de carácter laboral; cobro de lo no debido; relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral; buena fe; inexistencia de la convención colectiva; presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes; cosa juzgada y la innominada (fl. 82 a 105)

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 8 de abril de 2021; **condenar** a la Fiduciaria la Previsora de Comunicaciones CAPRECOM a reconocer y pagar al demandante, NICOLÁS JESÚS GONZALEZ NARANJO, los siguientes créditos laborales

- a. la suma de \$3.181.773 por cesantías;
- b. la suma de \$896.274 por vacaciones;
- c. la suma de \$4.839.882 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.
- d. la suma de \$48.159.306 por indemnización moratoria y la indexación de la sanción moratoria calculada desde el 28 de enero de 2017 hasta la fecha en que se realice el pago efectivo.
- e. la suma de \$640.300 por concepto de devolución de aportes al sistema de seguridad social;

declaró no probada la excepción de prescripción; **absolvió** de las restantes pretensiones; **costas** a cargo de la demandada, fijando la suma de \$3.000.000 por agencias en derecho.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Fundamentó su decisión en que;

“...La parte demandante probó la prestación de servicios de manera continua con la documental que corre a folios 31 y 42, se infiere que en el caso particular se desencadenó una consecuencia jurídica consagrada en la preceptiva legal antes citada. Es decir, la de presumir la existencia de la relación laboral única vigente desde el día 19 de septiembre del año 2012 hasta el día 27 de junio del año 2014 advirtiendo que sí bien se estableció la existencia de una interrupción de días dentro de los contratos C 102 y CD11 las circunstancias no desvirtúan la existencia de una única relación laboral, sin solución de continuidad, teniendo en cuenta que la referida interrupción de 6 días resulta ínfima en relación con la vigencia del contrato superior a un año...

No puede desconocer el Juzgado que en el proceso se contó con el testimonio de la señora YANIBE LOZANO SÁNCHEZ, evacuado a petición de la parte actora, que el demandante ejecutó funciones de auditor de cuentas, bajo la supeditación de un horario de trabajo y que para la ejecución DEL CONTRATO se ciñó a los lineamientos o instrucciones de CAPRECOM o se ciñó a los lineamientos o las instrucciones que CAPRECOM impartió a través de sus jefes inmediatos y se descartó que la labor se pudiera ejecutar de manera autónoma, es decir, sin subordinación jurídica. Interesa mencionar por otra parte que la prueba testimonial refirió que la labor contratada las ejecutó el demandante en las instalaciones asignadas por el empleador, con los elementos suministrados por CAPRECOM y bajo las órdenes que se le impartieron en relación con el modo, tiempo y cantidad de trabajo.

Así las cosas y advirtiendo que en el caso particular se probó la existencia de un único contrato de trabajo y la condición de trabajador oficial del accionante, como trabajador de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM, empresa industrial del Estado del Orden Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2048 de 1992 en concordancia con el Decreto 3135 de 1968 , artículo 5, no probada la situación de excepción que consagra la norma para considerar al demandante como empleado público, deviene la prosperidad de las pretensiones de la demanda...”

RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante, a través de su apoderado manifestó su oposición a la sentencia proferida, en forma parcial, al considerar que los valores señalados en la sentencia, por concepto de indemnización moratoria no se encuentra ajustada a derecho, ya que, descontando los 90 días para el reconocimiento de este derecho, este concepto supera el valor señalado por el A quo, adicionalmente, pide, se revise el quantum de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las demás prestaciones señaladas en la sentencia; finalmente, que se revise la procedencia de la sanción por no consignación de las cesantías en el fondo de pensiones.

A su turno, La demandada **SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, censuró la decisión adoptada por la operadora judicial de primera instancia, al considerar que se debe revisar el material probatorio y se confronten las pruebas documentales y escuchadas a fin de que se revoque la sentencia, ya que Caprecom fue liquidada por decisión del Gobierno Nacional, recortándose de esta manera la planta de personal y demás contratos; que el demandante no tiene derecho a reclamar derechos legales y extralegales, ya que, el contrato suscrito entre las partes era de prestación de servicios; que se revoquen los beneficios convencionales por no tener el demandante derecho a tales emolumentos; respecto a la moratoria señaló que, si bien se condenó a la entidad al pago de este concepto hasta el cierre final de la liquidación, también es cierto que, la entidad tenía un contrato de prestación de servicios y por ello nunca se pagó las prestaciones.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales guardaron silencio. Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el art. 4° de la ley 712 de 2001, conforme se desprende de la reclamación administrativa presentada ante la encartada el 15 de noviembre de 2016 (fls 26).

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para desatar la instancia, la Sala de Decisión atenderá las normas y jurisprudencias que a continuación se relacionan.

Decreto 2148 de 1992², Decreto 2519 del 28 de Diciembre de 2015³, Diario Oficial No. 50.129 del 27 de enero de 2017⁴, Decreto 2127 de 1945⁵, Decreto 1252 de 2000⁶, Sentencia C - 614 de 2009 con ponencia del Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt⁷, Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1012-2015 del 28 de enero de 2015, Radicación N.º 44651⁸, Corte Suprema

² Establece que la entidad demandada detentaba la naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional, por lo que las personas que prestaron servicios a su favor tienen la calidad de trabajadores oficiales (Decreto 3135 de 1968 artículo 5°).

³ Se suprimió el la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", EICE y se ordenó su liquidación.

⁴ Por medio de la cual se publicó acta final del proceso liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Liquidada.

⁵ Reglamentario de la Ley 6ª de la misma anualidad: define en sus artículos 1°, 2° y 3° el contrato de trabajo, estructura los elementos del mismo y dispone en su **artículo 20** que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y, que corresponde al empleador la carga probatoria de desvirtuar la presunción legal en mención.

⁶ Por medio de la cual se establecieron normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.

⁷ Declara exequible en Decreto 3074/1968 y entroniza el concepto de la modalidad contractual en el sector oficial, y no de presunción legal del contrato de trabajo, por cuanto de conformidad con la Constitución Política de Colombia la prelación del servicio lo puede ser como trabajador oficial o empleado público, al aplicar la presunción debe respetarse o acatarse la constitución.

⁸ Señaló que cuando se discute la existencia de un contrato realidad, corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio, mientras que la accionada tiene la carga de desvirtuar la presunción de subordinación consagrada en el art. 20 del D. 2127/1945, estatuto propio de los trabajadores oficiales, según el cual «El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia No. 37656 del 10 de mayo de 2011⁹, Corte Constitucional, sentencia C – 154 de 1997¹⁰ y Ley 80 de 1993 (artículo 32)¹¹; Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia SL1413 de 2021, radicación No. 86028 del 12 de abril de 2021¹².

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a los pedimentos demandatorios, las manifestaciones de la Juez de primer grado y las inconformidades planteadas en los recursos de alzada interpuestos por la parte demandante, así como de Fiduprevisora S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor del PAR Caprecom EICE Liquidado, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales, determina como problema jurídico a resolver, en esta instancia, el establecer si, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, entre el señor Nicolás Jesús González

⁹ proveído que enseñó que es factible en la ejecución del contrato celebrado, que se presenten los elementos y características de un contrato de trabajo, situación que se extrae de la realidad de la relación y que debe preferirse frente a los datos aparentes que ofrezcan los documentos o contratos, con apoyo en el principio constitucional de primacía de la realidad o primacía de la modalidad contractual, a más, de verificarse si las funciones desempeñadas por el ex – trabajador tenían calidad de temporalidad o, si por el contrario, fueron ejecutadas de manera permanente, advirtiendo que “Sin embargo, tal continuidad no se acompasa con la regulación del contrato de prestación de servicios administrativos, regulada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues conforme a este precepto la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios debe ser excepcional y de ninguna manera puede ser indefinida, por cuanto de, manera perentoria, determina que su duración debe ser por el término estrictamente indispensable.”

¹⁰ Donde preciso al realizar el estudio de exequibilidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, qué “Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes (...) En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios (...) en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

¹¹ modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de 1997, establece la facultad de las entidades públicas de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimiento especiales.

¹² Sostiene que a los trabajadores oficiales le es aplicable la disposición contenida en el Decreto 1252 de 2000 “Concluye la Sala, como lo había esbozado en una oportunidad en sede de instancia, en la sentencia CSJ SL1139-2019, que a partir de la vigencia de esa disposición, esto es, del 30 de junio de 2000, es aplicable la sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los trabajadores oficiales, por remisión expresa de la norma especial, en relación con el régimen anualizado de las cesantías de que trata la Ley 344 de 1996”.

En ese contexto, el Tribunal no impuso indebidamente la condena que se discute, en tanto que el señor Jaime Andrés Rozo Bolívar estuvo vinculado contractualmente a la entidad estatal a partir de mayo de 2012, es decir, después de la remisión normativa que habilitó el Decreto 1252 del 2000.”



Naranjo y la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom EICE liquidado, existió una única y verdadera relación de índole laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 17 de septiembre de 2012 y el 27 de junio de 2014; de resultar afirmativa la anterior premisa, determinar si el valor de las prestaciones fijadas por el A quo se encuentran ajustadas a derecho; adicionalmente, se deberá establecer si la entidad convocada a juicio actúo de buena fe, con el fin de exonerarla de la sanción moratoria; y finalmente, se deberá estudiar si es procedente imponer condena por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, dada la negativa impartida por este concepto.

RELACIÓN DE TRABAJO

Con el fin de acreditar la existencia del nexo contractual de carácter laboral, de la documental aportada al plenario se evidencia copias de contratos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993, junto con sus respectivas prorrogas y de los cuales se observa que el demandante fue contratado para desempeñar como último cargo el denominado «**TÉCNICO ADMINISTRATIVO EN EL PROCESO DE AUDITORIA DE CUENTAS MÉDICAS Y APOYO A LA GESTIÓN DE LA TERRITORIAL BOGOTÁ CUNDINAMARCA**». Que se detallan a continuación:

No.	CONTRATO No.	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACION	FOLIO
1	CR 11 – 523	19-09-2012	31-12-2012	55 a 56
2	CR 11 – 739	18-12-2012	31-03-2013	31
3	OR 11 – 102	01-04-2013	30-11-2013	31
4	OR 11 - 023	07-01-2014	30-04-2014	31
5	Prórroga contrato	01-05-2014	27-06-2014	31

De las anteriores pruebas documentales, se puede concluir en primer lugar, que la Entidad en atención a lo normado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1997, acudió a la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de aquella.

Ahora, como se trata es de verificar si en la realidad tales contratos de prestación de servicios se ejecutaron como verdaderos o no contratos de trabajo, se impone analizar la prueba testimonial recibida en primera instancia.

Sobre el particular, la demandante al momento de rendir interrogatorio de parte aceptó la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios para realizar las funciones de técnico administrativo de cuentas médicas con el fin de dar aval para el pago y hacer verificación de cuentas médicas o generar las glosas; señaló que era supervisado por la Jefe de cuentas médicas de la Regional Bogotá, Claudia Marcela; sumó a todo lo anterior, que la encartada le entregaba cuentas para hacer auditoria y entregarlas en forma semanal y adicional a ello, que debía presentar un informe de actividades en forma mensual.

En igual sentido, fue escuchado el testimonio de Nayibe Lozano Sánchez, quien fue conteste en afirmar que conoció al demandante en Caprecom, que las funciones del demandante era realizar auditoria de cuentas médicas radicadas por la EPS al personal subsidiado; que las funciones eran asignadas por Claudia Suárez e Inés Morales; en un horario de 8:00 am a 5:00 de la tarde de lunes a viernes, aunque en ocasiones, cuando habían contingencias les tocaba quedarse a trabajar o ir el sábado para terminar las actividades; que la entidad demandada les proporcionaba un escritorio y un computador, con usuario y clave para ingresar en el sistema; que en el evento de no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

poder asistir o tener una cita médica, debía informarse a la señora Inés o Claudia, que eran las encargadas de supervisar el trabajo.

Las anteriores manifestaciones resultan contundentes para demostrar que el accionante ejecutó las funciones encargadas, como Técnico Administrativo en el Proceso de Auditoria de Cuentas Médicas y apoyo a la gestión de la Territorial Bogotá – Cundinamarca a favor de la extinta Caprecom, a saber «... **2)** *Presentar los informes que determine el supervisor del contrato* **3)** *Acudir a la liquidación del contrato cuando sea citado por la entidad.* **4)** *Recepcionar la facturación radicada por los proveedores.* **5)** *Cargar las facturas en el aplicativo seven en el modulo de facturación.* **6)** *Cargar los RIPS en el aplicativo integra* **7)** *Recepcionar y validar cada una de las facturas en el aplicativo integra* **8)** *realizar auditoria administrativa en el sistema integra...* las demás responsabilidades que le sean asignadas y que se deriven de la evolución de los de los procesos y del comportamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud», lo cual, evidencia que su actuar no comportaría la calidad de empleado público, sino la de trabajador oficial al tenor de lo dispuesto por el Decreto 456 de 1997 aprobatorio del 024 del 28 de octubre de 1996, al señalar:

«ARTÍCULO 36. Clasificación de los servidores públicos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 314 de 1996, quienes desempeñen los siguientes cargos, serán empleados públicos:

- 1. Director General*
- 2. Secretario General*
- 3. Subdirector*
- 4. Director Regional.*
- 5. Jefe de División.*

Con base en las facultades conferidas en el inciso 2 del artículo 5º, del Decreto-ley 3135 de 1968, quienes desempeñen los cargos de Jefe de Oficina, serán también empleados públicos.

Los demás servidores públicos de Caprecom son trabajadores oficiales»

Lo anterior, en la medida que el señor Nicolás Jesús González Naranjo logró demostrar el desempeño de funciones como Técnico Administrativo de Cuentas Médicas para la Territorial Bogotá Cundinamarca, concluyendo la Sala, que el demandante, ostenta la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

calidad de trabajador oficial, de conformidad con las normas relatadas de manera precedente, durante el interregno relacionado en los contratos de prestación de servicios.

Así las cosas, con los medios de prueba reseñados, se reitera que las instrucciones impartidas y el cumplimiento de horario o turnos de trabajo asignados a la demandante, y la prestación del servicio en las instalaciones de la demandada, supuestos fácticos que a todas luces son constitutivos del elemento subordinación, lo que desentraña la existencia de una verdadera relación de trabajo y que decanta en que el accionante, en efecto, fue trabajador oficial, tal y como ha sido enseñado de vieja data por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia bajo radicado 37656 del 10 de mayo de 2011, con ponencia del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, oportunidad en que la Alta Corporación enseñó que:

«Con todo, con el fin de corregir el error doctrinal en que incurrieron tanto el fallador como la recurrente, debe la Corte aclarar que su actual criterio sobre las consecuencias de la presencia de un horario de trabajo en la prestación de servicios a una entidad oficial, como la aquí demandada, es el de que, cuando quiera que el trabajador esté sometido a un horario de trabajo, debe concluirse que se hallaba vinculado mediante un contrato de trabajo, como lo proclamó la Corte en la sentencia de 11 de diciembre de 1997, radicación 10153, en la que explicó lo que a continuación se transcribe:

"Importa anotar que el Tribunal en la sentencia recurrida asienta que "...no [se] puede pregonar subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir el actor un horario cuando esta situación deviene del objeto mismo del contrato administrativo..." (Folio 468). Esta consideración supone la ignorancia del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, por cuanto en él se dispone que no es contrato de trabajo "el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarlo y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono". Frente a tan expreso y claro tenor del artículo no puede razonablemente caber duda de que la obligación que tiene quien presta un servicio personal de cumplir con un horario es signo indicativo de subordinación, en la medida en que sujeta su actividad a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debe cumplir su labor, le impone quien recibe tal servicio, y, por lo tanto, constituye claro desarrollo de la facultad de someterlo a reglamentos, además de ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de subordinación laboral, en cuanto implica "control especial del patrono". Empero, la ignorancia de tan explícita disposición legal por el Tribunal constituye un error jurídico, y como tal, desligado de la cuestión de hecho del proceso, razón por la que debió ser atacado por la vía adecuada para ello»

De lo expuesto, se concluye la improsperidad del cargo porque en sede de instancia para la Corte sería suficiente la prueba de que el actor estuvo sometido a un horario de trabajo, para concluir la existencia de una relación laboral dependiente».

Motivo por el cual, es claro que en consonancia con lo anteriormente expuesto, se itera, que en el *sub lite* se evidencia la existencia de un contrato de trabajo o la presunción de continuidad contractual en el sector oficial, para el interregno de 17 de septiembre de 2012 al 27 de junio de 2014, que si bien, fue ejecutado bajo la celebración de diversos contratos de prestación de servicios, los mismos no presentan interrupciones prolongadas que desestimen la continuidad, por tanto, no se configura solución de continuidad, pues a la luz de las enseñanzas de la Corporación de cierre en materia laboral, para que ello ocurra, deben existir periodos superiores a los 30 días a efectos de entender que la intención de las partes era la de no continuar con la vinculación que las ató.

Ahora bien, no le asiste razón a la parte demandada al señalar que no resulta procedente la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, al celebrarse sendos contratos de prestación de servicios, pues aquella situación lo que realmente configura, es la ratificación de la imposibilidad de contratación diferente a la prevista por la legislación frente a entidades de derecho público, sin embargo, lo realmente ocupa la atención del juez laboral, es la acreditación de la existencia de los elementos constitutivos de la relación laboral, para luego de ello, así declararla, tal como ocurrió en el asunto bajo estudio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal medida, habrá de confirmarse la sentencia apelada en este aspecto.

DE LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES

Conforme a lo anteriormente expuesto, se tiene que la relación laboral que unió a las partes finalizó el 27 de junio de 2014, en la medida que ese fue el plazo pactado por las partes al suscribir el contrato OR 11 – 023 del 2 de enero de 2014, el cual fue prorrogado hasta el 27 de junio de 2014 (fl. 31), no obstante, y al haber sido declarado el contrato de trabajo entre las partes, el demandante adquirió la calidad de trabajador oficial y por ende pasó a ser beneficiario de las prestaciones sociales.

Al haber sido objeto de reproche por la parte actora, el quantum fijado por el Juez de conocimiento a la hora de fulminar las correspondientes condenas, se procedió a efectuar las operaciones aritméticas de rigor con apoyo del Grupo Liquidador de la Rama Judicial, creado mediante Acuerdo PSAA15-10402 de 2015, conforme a la documental que hará parte integral de esta sentencia, arrojándose los siguientes resultados.

CESANTÍAS.

Como quiera que, se encontró probada la existencia del vínculo contractual, surge patente la imposición de condena por este concepto, como lo determinó el A quo, sin embargo, la misma deberá modificarse, y en su lugar, se reconocerá la prestación en cuantía de **\$3.181.774.**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COMPENSACIÓN DE VACACIONES

Persigue la actora el reconocimiento y pago de las vacaciones que se causaron durante la ejecución del vínculo contractual, lo que conforme a lo reglado en el artículo 8° y ss del Decreto 3135 de 1968, los artículos 45 y 46 del Decreto 1848 de 1969, y lo explica la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en sentencia SL 19093 de 2017. La suma a la cual tendría derecho la demandante asciende a la suma de: **\$1'590.887**, y no de **\$896.274,00**, como lo indicó el *a quo*, en tal virtud, se modificará la sentencia apelada en este aspecto.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Esta Sala de Decisión considera, que como quiera que el vínculo contractual feneció el 27 de junio 2014, como consecuencia del acaecimiento del plazo pactado en el contrato de prestación de servicios OR 11 - 023 de 2014 prorrogado hasta el 27 de junio de 2014, sin que mediara justa causa para ello, surge patente la condena por este concepto.

Por lo que, la suma fijada por el A quo, se encuentra ajustada a derecho, en aplicación del plazo presuntivo, tal como lo dispuso el A quo en su momento. Así, las cosas no habrá lugar a modificar la sentencia apelada en este aspecto.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

Respecto a este punto, las partes manifestaron su oposición, el demandante, respecto al monto fijado por este concepto y la parte demandada, al considerar que la entidad había actuado de buena fe y debía exonerársele de la imposición de esta sanción.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así las cosas, deberá recordarse que la condena por esta indemnización no se produce en forma automática, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala fe al no pagarle las prestaciones que le correspondían al término de la relación laboral hay lugar a su imposición, en el caso contrario, se absolverá. En el estudio de esa conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales (artículo 1° de la ley 797 de 1949).

En ese entendido, es de precisar que a pesar de los reiterados pronunciamientos judiciales respecto de la conducta de la entidad hoy demandada que han señalado la procedencia de la indemnización moratoria, en cada caso particular deben analizarse las circunstancias que gobernaron el desarrollo de la relación de trabajo que en virtud de la sentencia judicial que se declara, pues en estos temas, no puede hablarse de una única postura, ya que se ha demostrado, que a pesar de las similitudes cada contrato de trabajo se ejecuta de forma particular.

De esta manera, en lo que atañe a la buena fe, la misma ha sido entendido por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral, entre otras, en la sentencia del 30 de abril de 2013, con radicación 42466, siendo el Magistrado ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve, oportunidad en la que enseñó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala, que el proceder de CAPRECOM no se ajustó a los parámetros eximentes de la indemnización moratoria, y que en síntesis, son aquellos que evidencian buena fe en la actuación del empleador, pues la pasiva decidió ocultar la vinculación bajo la figura jurídica de contratos de prestación de servicios. Aunado a lo anterior, la simple afirmación de encontrarse bajo la figura de contratación prevista en la Ley 80 de 1993, no configura un eximente de sanción, como lo enseñó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en proveído SL 587 - 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz, lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales a establecer la procedencia de este petitum, pues, se itera, el actuar de la convocada a juicio fue siempre ocultar la existencia de la vinculación legal y reglamentaria, y el pago de las acreencias laborales a lugar.

Por otra parte, a la luz de lo considerado por la Corte Suprema de Justicia, debe distinguirse en todo caso, la buena fe como circunstancia exonerante, de otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor, situación que se presenta en este caso ante la desaparición jurídica de la entidad, según Acto de Liquidación Final de, pues en ese estado, de lo que se trata es de la existencia de insuperables hechos impeditivos para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Conforme lo anterior y teniendo en cuenta que el 27 de enero de 2017 fue publicado en el Diario Oficial el Acta Final del Proceso Liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Liquidada, se condenará a la encartada al pago de la sanción moratoria estableciéndola desde el 27 de septiembre de 2014 (vencimiento de los 90 días hábiles) y hasta el 27 de enero de 2017 con base a un salario diario de \$59.751, lo que asciende a la suma de **\$50.191.369,20**, conforme a la decisión mayoritaria de la Sala. Por lo que habrá de modificarse la sentencia en este aspecto.

Como quiera que se accede al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, no procede la indexación reconocida por la sentenciadora sobre las prestaciones sociales, en tal sentido se revocará tal condena.

DEVOLUCIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SALUD

Solicita la accionante se condene a la demandada al pago del valor de los aportes que le correspondía efectuar a Caprecom como empleador y que él sufragó de su patrimonio en un 100%.

La falladora de primera instancia ordenó reembolsar los valores pagados por la demandante por concepto de aportes a pensión en el porcentaje que por ley le corresponde al empleador, lo cual es procedente en este tipo de casos dado que el empleador es el llamado a pagar a las administradoras de seguridad social en salud y pensión, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado por el accionante y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, a efecto de no realizar doble cotización por el mismo periodo en la misma vinculación contractual ni el reembolso total al actor de los dineros cancelados, pues existe un porcentaje que debe asumir la accionante ante el sistema en calidad de trabajador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En ese orden de ideas, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Efectuadas las operaciones matemáticas de rigor considerando las documentales visibles a folios 30, 34, 35, tenemos que el accionante en calidad de trabajador debe asumir un total de \$643.200 frente al sistema de pensiones, y como quiera que pagó por este concepto la suma de \$2.547.600, la pasiva le debe reembolsar \$1.843.200, de acuerdo a la historia laboral expedida por Colpensiones, del 1 de octubre de 2012 al 27 de junio de 2014.

Por lo tanto, en este aspecto, se modificará la sentencia, para en su lugar, ordenar a la demandada a devolver por concepto de aportes al sistema de seguridad social la suma de **\$1.843.200.**

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

En lo atinente al reconocimiento y pago de la sanción por no consignación de las cesantías a favor del demandante, debe precisar esta Colegiatura que, en este aspecto la H. Corte Suprema de Justicia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

había sostenido al unísono que, dicha sanción no era procedente reconocerla a los trabajadores oficiales, sin embargo, tal criterio fue cambiado en sentencia SL 582 del 10 de febrero de 2021, radicación No. 83289, Magistrado Ponente, Doctor, Luis Benedicto Herrera Díaz, la cual fue reiterada en sentencia SL1413-2021, radicación No 86028 del 12 de abril de 2021, Magistrado Ponente, Doctor, Carlos Arturo Guarín Jurado, se exteriorizó entre otras cosas, que;

*“...el artículo 13° de la Ley 34 de 1996 estableció el régimen de liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen con el Estado; por su parte el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 estableció que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los **servidores públicos del nivel territorial**, sería el establecido por los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990.*

*Por tanto, los servidores públicos del **nivel territorial**, vinculados a partir del **31 de diciembre de 1996**, que se afilien a los fondos privados de cesantías en virtud del Decreto 1582 de 1998, **quedan sometidos al régimen de liquidación y pago de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990**, del cual hace parte integral la sanción moratoria establecida por la no consignación de las cesantías.*

(...)

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que es procedente la sanción deprecada, la que no es acumulable sino sucesiva por causarse día a día hasta la expiración de la relación laboral”

Para los efectos indicados se trae a colación lo dispuesto en el Decreto 1252 de 2000, el cual establece;

*“...**ARTÍCULO 1°.** Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías...”*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De la norma señalada y dado que se declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes intervinientes en la presente litis, por el interregno del 19 de septiembre de 2012 y el 27 de junio de 2014, la norma aplicable en este ítem, no es otra que el Decreto 1252 de 2000.

No le queda otro camino a esta Colegiatura que imponer la sanción por no consignación de las cesantías, la cual se tasa en cuantía de **\$21.510.360.**

DE LAS PRESTACIONES ESTIPULADAS EN LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

Manifiesta su inconformidad frente al reconocimiento de estos conceptos la apoderada de la parte demandada, sin embargo, de las consideraciones expuestas por el *A quo*, frente a tales pedimentos.

Conforme a lo anteriormente expuesto, se tiene que la relación laboral que unió a las partes finalizó en junio de 2014, en la medida que ese fue el plazo pactado por ellas al suscribir el contrato OR – 11 – 023 (fl. 31), no obstante, y al haber sido declarado el contrato de trabajo, el demandante adquirió la calidad de trabajador oficial y por ende pasó a ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, sin que pueda eximirse de tales beneficios por no haberse afiliado al mismo, puesto que la Convención Colectiva 1996 a 1998, se hizo extensiva a todos los trabajadores por ser Sintracaprecom un sindicato mayoritario como obra en las documentales obrantes a folios 62, 70 a 78 del informativo, en este mismo sentido lo ha establecido la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en especial en la sentencia del 23 de agosto de 2017 radicado SL 12825 con ponencia del Magistrado Omar De Jesús Restrepo Ochoa, en caso análogo donde expresó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«El fundamento normativo del pago de prestaciones sociales extralegales, lo constituye la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la entidad demandada y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social Sintraseguridadsocial, según se desprende del documento que milita a folios 216 a 284, la que tiene pleno valor legal y surte todos sus efectos, conforme a lo preceptuado por el artículo 469 del CST. En ella se estableció que tendría una vigencia de tres años contados entre el 1º de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2004.

Sobre el campo de aplicación, según lo consignado en el artículo 3º, se entiende que la demandante era beneficiaria de los derechos en ella convenidos conforme a lo establecido por el artículo 471 del CST, modificado por el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965, porque "Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados».

Así las cosas, no existe duda que el demandante, dada su calidad de trabajador oficial de Caprecom EICE, era beneficiario de la convención colectiva de trabajo, de ahí que se favorecería de las prebendas allí establecidas, sin embargo, este punto no fue objeto de apelación por la parte actora y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la convocada a juicio, no se podría imponer condena por estos conceptos, ya que haría más gravosa la situación para la entidad.

EXCEPCIONES

Dados los argumentos expuestos en forma precedente, considera esta Sala pertinente, declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada, como lo son las de; inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad; inexistencia del derecho y de la obligación; pago; ausencia del vínculo laboral; cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral; buena fe; inexistencia de la convención colectiva; presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes; cosa juzgada y la innominada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Respecto a la excepción de prescripción deberá indicarse que la misma también se declarará no probada, ya que, por disposición de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, las acreencias laborales tienen un término de prescripción de 3 años que solo puede interrumpirse por una única vez mediante la presentación de la reclamación del trabajador al empleador.

Se debe recordar que la relación laboral que ató a las partes se extendió entre el 19 de septiembre de 2012 y el 27 de junio de 2014, y como quiera que la reclamación administrativa fue radicada el 15 de noviembre de 2016 (fl 22) y la presente demanda fue instaurada el 19 de diciembre de 2016, habiéndose notificado el auto admisorio dentro del año siguiente (fl 68; 79 a 81), como lo ordena el artículo 94 del C.G.P, se tiene que el fenómeno extintivo no operó en el presente asunto.

En consecuencia, se confirmará la sentencia analizada por esta Colegiatura en el Grado Jurisdiccional de Consulta en este aspecto.

COSTAS. En esta instancia se imponen costas a cargo de Fiduprevisora S.A., ante la improsperidad del recurso de alzada. Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, la Sala de Decisión,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de abril de 2021, dentro del proceso ordinaria laboral adelantado por **NICOLÁS JESÚS GONZÁLEZ NARANJO** contra la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., - FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por el interregno del 19 de septiembre de 2012 al 27 de junio de 2014.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia recurrida, en los numerales a y b, en el sentido de condenar a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE LIQUIDADO** a reconocer y pagar a favor del señor NICOLÁS JESÚS GONZÁLEZ NARANJO los siguientes conceptos y valores;

- a. \$ 3.181.774 Por concepto de Cesantías
- b. \$ 1.590.887 Por compensación de vacaciones
- d. \$ 50.191.369,²⁰ Por indemnización moratoria
- e. \$ 1.843.200 Devolución de aportes al sistema de seguridad social

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., - FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE LIQUIDADO a reconocer y pagar a favor del señor NICOLÁS JESÚS GONZÁLEZ NARANJO, la suma de **\$21.510.360** por concepto de sanción por no consignación de las cesantías.

CUARTO. CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: COSTAS. En esta instancia se imponen costas a cargo de Fiduprevisora S.A., ante la improsperidad del recurso de alzada. Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A., en condición de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE LIQUIDADO en la suma de \$500.000 pesos moneda corriente, para cada una de las entidades.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-